
ÓSCAR M. REINA GARCÍA*

Las cláusulas de apertura o reenvío hacia fuentes externas previstas en la Constitución colombiana, como criterio para delimitar el contenido del bloque de constitucionalidad**

The Opening Clauses or Forwarding to External Sources Provided in the Colombian Constitution, as a Criterion to Define the Content of the Constitutional Block

SUMARIO

La apertura de los textos constitucionales. 1. El contenido del bloque de constitucionalidad. 1.1. El texto de la Constitución. 1.2. Las cláusulas de apertura referente a los tratados internacionales que consagran derechos humanos. 1.2.1. La cláusula de apertura del artículo 93 inciso 1° CP: “los tratados y convenios que consagran derechos humanos que no se pueden limitar en estados de excepción”. 1.2.2. La cláusula de apertura del artículo 93 inciso 2° CP: “los tratados internacionales sobre derechos humanos”. 1.2.3. La cláusula de apertura del artículo 94 CP: “los derechos inherentes a la persona humana”. 1.2.4. La cláusula de apertura del artículo 53 inciso 4° CP: “los convenios internacionales sobre derechos humanos en materia laboral”. 1.2.5. La cláusula de apertura del artículo 44 CP: “los tratados internacionales sobre derechos de los niños”. 1.3. Las normas del ordenamiento jurídico interno. 1.3.1 Las normas pertinentes de la Ley Estatutaria 137 de 1994 que regula los estados de excepción. 1.3.2. Las leyes orgánicas. 1.4. La cláusula de apertura del artículo 101 CP: “los tratados internacionales sobre límites del territorio”, y los dos sentidos del bloque de constitucionalidad: estricto y amplio. 1.5. El preámbulo de la Constitución de 1991. 1.6. Otra

* Profesor de la Universidad Cooperativa de Colombia, seccional Barrancabermeja. Máster en Derecho Público de la Universidad Carlos III de Madrid, especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, abogado de la Universidad Santo Tomás, asesor de entidades públicas. Contacto: mauricioreinag@hotmail.com

** Fecha de recepción: 19 de abril 19 2012. Fecha de aprobación: 15 de octubre de 2012.

posible apertura: las decisiones de los jueces internacionales y el *soft law*.
2. La necesaria revisión del contenido del bloque de constitucionalidad y su nueva composición. Conclusiones.

RESUMEN

La Corte Constitucional colombiana reconoció a través de la noción de bloque de constitucionalidad una apertura de la Constitución hacia fuentes externas, que permite que su catálogo de derechos sea completado. En este artículo se realiza un análisis de las cláusulas de reenvío o remisión y de las normas pertenecientes al ordenamiento jurídico interno que el juez constitucional ha considerado que delimitan el contenido del bloque, esto con el propósito de verificar su adecuada utilización y replantear el contenido del mismo.

PALABRAS CLAVE

Cláusulas de apertura, norma de reenvío o remisión, bloque de constitucionalidad, derechos humanos y Constitución.

ABSTRACT

The Constitutional Court of Colombian acknowledged, through the concept of Constitutional Block, an opening of the Constitution to external sources that allows its rights' catalogue to be completed. In this article, an analyzes is made of the forwarding or remission clauses, and the norms that belong to the internal juridical order, which the Constitutional Judge has considerate its delimitating the content of the Block. The purpose is to verify its adequate usage, and to rethink the content of it.

KEYWORDS

Opening clauses, forwarding or remission norms, Constitutional Block, human rights and Constitution.

LA APERTURA DE LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES.

Pareciera ser que en algunos ordenamientos jurídicos la concepción de la Constitución como un texto que contiene en forma plena los derechos y la forma de organización del Estado hoy en día ya no es sostenible, toda vez que bajo el auspicio de la propia norma fundamental se han dejado espacios en su cuerpo normativo para que puedan venir a ser completados por otras disposiciones, y se habla en este sentido de la apertura de los textos cons-

titucionales¹. Uno de los primeros países que ha visto como necesaria la incorporación de contenidos normativos en su Constitución ha sido Francia, y es allí donde se ha elaborado la noción de bloque de constitucionalidad para justificar esta situación.

Siguiendo el ejemplo francés, pero adaptándolo a lo previsto en sus constituciones, España y Colombia han tomado este concepto². En este proceso de creación y desarrollo del bloque de constitucionalidad la labor del juez constitucional ha sido trascendental, debido a que una vez asumido el concepto, ha tratado de fijar los criterios para que se pueda configurar el mismo, así como también ha estipulado los contenidos normativos que integran la noción y la función que ha de cumplir en el ordenamiento jurídico, todo lo anterior acorde con lo que haya previsto el texto constitucional.

La Corte Constitucional colombiana ha tratado de delimitar el contenido de la noción de bloque de constitucionalidad, a través del reconocimiento de cláusulas de apertura o remisión a fuentes externas y también mediante la incorporación de algunas normas pertenecientes al ordenamiento jurídico interno, conforme con lo regulado por la propia Carta Política. En algunos casos la identificación de esas cláusulas de reenvío, pareciera, no corresponde a lo dispuesto por la Constitución, ni tampoco al concepto mismo de cláusula

1 Sobre la apertura de los textos constitucionales, Rodrigo UPRIMNY expresa que “es necesario tener en cuenta que las constituciones no son códigos totalmente cerrados, ya que los textos constitucionales pueden hacer remisiones, expresas o tácitas, a otras reglas y principios, que sin estar en la constitución, tienen relevancia en la práctica constitucional en la medida en que la propia constitución establece que esas otras normas tienen una suerte de valor constitucional”: R. UPRIMNY. “El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”, en en DANIEL O’DONNELL, INÉS MARGARITA UPRIMNY y ALEJANDRO VILLA (comps.). *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, Bogotá, Oficina Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos y DeJusticia, 2001, disponible en: [http://dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=7&id_publicacion=72], consultada el 24 de noviembre de 2008, p. 3. En este mismo sentido se expresa Vélez García, para quien, “[n]o obstante, quizá lo más destacable de la nueva Constitución sea la profunda ampliación que esta experimenta, al punto de poderse afirmar que la carta no puede reducirse meramente a los artículos que la conforman, sino que de ella hacen parte otras muchas disposiciones, instituciones, principios, reglas y derechos, que en muchos casos deben buscarse en otras normas y que en no pocos existen a pesar de no encontrarse en ninguna norma”: J. VÉLEZ GARCÍA “La Constitución: Una norma abierta”, en *El derecho público a comienzos del siglo XXI*, Estudios en homenaje al profesor ALLAN R. BREWER-CARÍAS, ALFREDO ARISMENDI A. y JESÚS CABBALLERO ORTIZ (coords.), t. I, Madrid, Civitas, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, 2003, p. 185. Puede consultarse también, sobre este tema, M.I. TORO HUERTA. “La apertura constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Era de la Mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 112, 2005, pp. 325-363.

2 ALESSANDRO PIZZORUSSO pone de presente el incremento de lo que él denomina la comparación jurídica, entendida como una práctica consistente en la utilización de precedentes extranjeros –argumentaciones– por los jueces nacionales en casos similares del derecho interno. Cfr. PIZZORUSSO, A. *Justicia, Constitución y pluralismo*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, pp. 75 y 76.

de apertura, al paso que en otros el juez constitucional utiliza la integración de normas al bloque bajo el argumento de que se trata de disposiciones que deben ser respetadas por la legislación ordinaria, a pesar de que la propia ley fundamental garantiza ese deber. La ampliación de la estructura del bloque es tan significativa que se han establecido dos sentidos del mismo, con diferente contenido y funciones de los elementos que lo integran.

A lo antedicho se debe agregar que en Colombia se prevé un control de constitucionalidad difuso, y además los procesos de amparo constitucional no son de conocimiento reservado del juez constitucional, organización de la jurisdicción constitucional que permitiría que la composición del bloque pueda ser influenciada por la jurisdicción ordinaria.

Ahora bien, bajo el entendido de que el bloque de constitucionalidad colombiano se aproxima más a la noción francesa del término, no en cuanto a su contenido, sino en cuanto al significado del concepto y su finalidad, puesto que se trata de una figura que por mandato de la Constitución permite el reenvío a fuentes externas que vienen a completar el catálogo de derechos previstos en la misma, y que una vez identificados se integran, es decir, hacen parte del texto constitucional y cumplen sus mismas funciones, es claro que la identificación adecuada de las cláusulas de apertura y del contenido del concepto reviste suma importancia, pues cada vez que se realiza un reconocimiento de ellas el o los derechos contemplados en esa fuente externa vienen a integrarse al texto constitucional, con lo cual se amplían los contenidos de la ley fundamental; de allí la pertinencia de este trabajo.

El presente artículo tiene como finalidad la revisión de los criterios que ha utilizado la Corte Constitucional para reconocer cada una de las cláusulas de apertura o normas de reenvío previstas en la norma fundamental, al igual que las disposiciones del ordenamiento jurídico interno que integran el bloque de constitucionalidad, lo que conduce al segundo propósito de este estudio, a saber, precisar el contenido de ese nuevo texto constitucional ampliado. A su vez, y como consecuencia de los análisis que se acaban de enunciar, con esta investigación se pretende proponer una nueva composición del bloque.

Conforme con lo anterior, en el presente estudio se apunta a resolver tres interrogantes: 1) ¿ha sido acertada la identificación de las cláusulas de apertura hacia fuentes externas por parte de la Corte Constitucional?; 2) ¿es viable que se integren a la noción de bloque de constitucionalidad en Colombia normas del ordenamiento jurídico interno?, y 3) ¿es necesario que se revise el contenido del bloque de constitucionalidad?

Ahora bien, en esta investigación se toma como punto de partida el hecho de que la noción de bloque de constitucionalidad tiene su fundamento en la existencia de normas de remisión en el texto constitucional, tal y como lo ha reconocido el juez constitucional colombiano; por consiguiente, la deli-

mitación del contenido del bloque se encuentra sujeta principalmente a ese marco normativo de reenvío.

Con fundamento en el planteamiento que se acaba de enunciar, en este artículo se presentarán argumentos que permitirán justificar que el reconocimiento de algunas cláusulas de apertura por parte de la Corte Constitucional no ha sido correcto, y ello por cuanto: 1) las cláusulas identificadas no coinciden con el propio concepto de remisión, ni mucho menos con el concepto de bloque de constitucionalidad; 2) se confunden las normas de reenvío con cláusulas que, si bien disponen una apertura hacia el derecho internacional de los derechos humanos, lo hacen únicamente con fines de interpretación de derechos, no de integración de derechos; 3) no se distingue entre una norma de remisión y un régimen de recepción automática de instrumentos internacionales, y 4) se acude a la noción de bloque de constitucionalidad para integrar normas del ordenamiento jurídico interno, bajo el pretexto de garantizar un respeto que la propia Constitución satisface. La principal consecuencia que se deriva de lo anterior consiste en la imperiosa necesidad de llevar a cabo una revisión de los componentes del bloque de constitucionalidad, en la cual se utilice el concepto de cláusula de apertura como criterio para delimitar y formular en forma clara y sistemática un nuevo contenido del bloque.

El desarrollo de este trabajo se plantea en dos capítulos, el primero de ellos dedicado al examen de las cláusulas de apertura constitucional, entre las que se encuentran las relacionadas con el derecho internacional pacticio de los derechos humanos y las atinentes a los tratados internacionales sobre límites del territorio; en el mismo acápite se valora la integración de las leyes orgánicas y estatutarias, los sentidos en que se subdivide la noción de bloque de constitucionalidad y, finalmente, se analiza la posibilidad de que las decisiones de los jueces internacionales y el *soft law* se incorporen al concepto bajo estudio. En el segundo capítulo se enuncia el texto constitucional resultado de la apertura reconocida por el juez constitucional y se plantea la que se considera es la adecuada composición del concepto, todo ello para, a continuación, esbozar las conclusiones de la investigación.

1. EL CONTENIDO DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

La conformación del bloque de constitucionalidad en Colombia no ha sido ajena a las controversias que sobre el particular se presentaron en el derecho francés y español, aunque en el caso colombiano el debate sobre este tema se plantea a nivel jurisprudencial, con escasos aportes de la doctrina³.

3 Puede encontrarse en la obra de GUTIÉRREZ BELTRÁN una postura analítica sobre el contenido del bloque de constitucionalidad: A.M. GUTIÉRREZ BELTRÁN. *El bloque de constitucionalidad, conceptos y fundamentos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 30 a 54. Así mismo, UPRIMNY. Ob. cit., pp. 25 a 34.

En los pronunciamientos de la Corte Constitucional puede identificarse un criterio determinante a la hora de considerar la incorporación de una norma en el bloque⁴, criterio señalado en la sentencia C-578/1995 y que consiste en anexas al bloque solo las normas que por mandato de la propia Constitución y mediante el uso de cláusulas de apertura o remisión deban integrarse a su cuerpo normativo⁵.

La anterior pauta permite inicialmente tener claridad sobre el contenido del bloque de constitucionalidad; sin embargo, el juez constitucional a través de sus pronunciamientos ha venido ampliando las disposiciones que forman parte del mismo de manera confusa, imprecisa y excesiva. Esa situación se debe quizás al reconocimiento inadecuado de cláusulas de apertura en la Constitución, con lo cual el problema no se centra en el criterio para fijar el contenido del bloque, sino en la identificación correcta de las normas que consagran las cláusulas de remisión⁶. Vale la pena reiterar que una vez se produce por vía de remisión la inclusión en el bloque de constitucionalidad del tratado o la norma que prevé un derecho, tal derecho se impregna de las características y funciones propias de las garantías constitucionales⁷.

La ampliación de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad es considerable, a tal punto que actualmente la Corte Constitucional distingue dos sentidos del concepto: uno estricto y otro amplio. Este acápite se dedica a la reflexión sobre las cláusulas de apertura o normas de reenvío que se han identificado por el juez constitucional, así como también sobre las normas que a pesar de pertenecer al ordenamiento jurídico interno dicho tribunal ha establecido que forman parte del bloque de constitucionalidad.

Ahora bien, para realizar tal examen resulta necesario aproximarse a una definición del término cláusula de apertura constitucional, entendiendo por

4 Vélez García plantea, desde el punto de vista de la Constitución como norma abierta, la legitimidad de la Corte Constitucional como intérprete de la Constitución para llenar los espacios que deja esa apertura: cfr. VÉLEZ GARCÍA. Ob. cit., p. 189.

5 En esta sentencia la Corte expresó: “Es importante precisar que siempre que se habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto Superior” (f.j. 3.2). Esta tesis fue reiterada y precisada por la Corte en la sentencia C-358/1997 (f.j. 15.6), en la cual se aseveró: “Esto significa que la incorporación de una norma al bloque de constitucionalidad debe tener fundamento expreso en la Carta”.

6 Sobre el particular la Corte, en sentencia C-028/2006 (f.j. 6.5), expresó: “Así las cosas, la técnica del bloque de constitucionalidad parte de concebir la Constitución como un texto abierto, caracterizado por la presencia de diversas cláusulas mediante las cuales se operan reenvíos que permiten ampliar el espectro de normas jurídicas que deben ser respetadas por el legislador”.

7 SIERRA PORTO ha puesto de presente la importancia de la correcta incorporación de normas al bloque de constitucionalidad por parte del juez constitucional, toda vez que considera que cuando se produce la integración de una norma al concepto que se analiza se modifica el contenido de la Constitución. Cfr. la aclaración de voto del magistrado HUMBERTO SIERRA PORTO a la sentencia C-394/2007 (A.V., f.j. 3).

esta aquella manifestación de la Constitución que a través de una de sus normas dispone la integración o incorporación de fuentes externas a su texto, asignándoles valor constitucional a los derechos previstos en ellas⁸.

A continuación se enuncia cada una de las cláusulas de reenvío, así como las otras normas que a juicio de la Corte integran el bloque de constitucionalidad.

1.1. El texto de la Constitución

El articulado de la Carta Política en vigor es la pieza central de la noción de bloque de constitucionalidad, por consiguiente viene a hacer parte de su contenido. Esta norma es la que permite la conexión entre sus disposiciones y las fuentes ajenas a su texto.

1.2. Las cláusulas de apertura referente a los tratados internacionales que consagran derechos humanos

La mayor parte de las normas contentivas de derechos que se han integrado a la noción de bloque de constitucionalidad corresponden al derecho internacional pacticio de los derechos humanos, y la Corte Constitucional ha identificado 5 cláusulas de apertura o remisión en esta materia, esto es, las previstas en los artículos 93 incisos 1º y 2º, 94, 44 y 53 inciso 4º, todos de la Constitución Política.

1.2.1. La cláusula de apertura del artículo 93 inciso 1º CP: “los tratados y convenios que consagran derechos humanos que no se pueden limitar en estados de excepción”

La primera cláusula de apertura que identificó la Corte⁹, y que a su vez daría origen al concepto de bloque de constitucionalidad, es la prevista en el artículo

8 UPRIMNY identifica en las cláusulas de apertura constitucional 5 técnicas de remisión dependiendo del grado de apertura de las mismas, de la siguiente forma: “(i) La remisión a varios textos cerrados y definidos, como cuando varias constituciones latinoamericanas incorporan la Convención Interamericana; (ii) el reenvío a textos cerrados, pero cuya determinación suscita algunas polémicas e incertidumbres, como cuando el Preámbulo de la Constitución de Francia de 1946 (que hace parte del bloque por la remisión del Preámbulo de la Carta de 1958) a su vez remite ‘a los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República’, pues no se sabe taxativamente cuáles son esas leyes ni esos principios; (iii) la remisión a textos por desarrollar, como cuando la Constitución española se refiere a los estatutos de autonomía que serían ulteriormente aprobados; (iv) las remisiones abiertas a valores y principios, como la cláusula de derechos innominados de la IX enmienda de la Constitución estadounidense; y (5) finalmente, la remisión a otros valores por medio del uso de conceptos particularmente indeterminados, como la cláusula del debido proceso sustantivo en Estados Unidos, en donde los debates en torno a la integración del bloque se confunden con los problemas de interpretación”: UPRIMNY. Ob. cit., pp. 29 y 30.

9 Sentencia C-225/1995 (ff.jj. 11 y 12).

93 inciso 1º CP, según el cual “[l]os tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”; dicha norma prevé la superioridad en el orden interno de los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso que reconozcan derechos humanos, de aquellos que no se pueden limitar en los estados de excepción. La Constitución realiza en la disposición en comento una remisión o reenvío a una fuente de derecho internacional, y asigna valor constitucional a los derechos humanos intangibles en ella previstos, con las consecuencias que esto conlleva.

Ahora bien, con el ánimo precisar el contenido de la cláusula de apertura bajo estudio, es importante establecer cuáles son esos derechos a los que se refiere la misma; con esa finalidad, se procede a examinar el marco jurídico internacional e interno que obliga al Estado colombiano en materia de derechos intangibles en situaciones de excepción.

La primera norma internacional a tener en cuenta es la correspondiente al Sistema Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) adoptado mediante Ley 74 de 1968, que dispone en su artículo 4.2 los derechos que no pueden suspenderse en los estados de excepción:

2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6 (derecho a la vida), 7 (prohibición de la tortura), 8 (párrafos 1 y 2) (prohibición de la esclavitud y servidumbre), 11 (prohibición de penas por incumplimiento de obligaciones contractuales), 15 (principio de legalidad y favorabilidad penal), 16 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica) y 18 (derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión).

La segunda norma corresponde al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) adoptada por el Estado colombiano a través de la Ley 16 de 1972, que consagra en el artículo 27.2 el listado de derechos inderogables en situaciones de excepcionalidad:

La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica); 4 (derecho a la vida); 5 (derecho a la integridad personal); 6 (prohibición de la esclavitud y servidumbre); 9 (principio de legalidad y retroactividad); 12 (libertad de conciencia y de religión); 17 (protección a la familia); 18 (derecho al nombre); 19 (derechos del niño); 20 (derecho a la nacionalidad), y 23 (derechos políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos¹⁰.

10 Sobre la forma de garantizar en el Sistema Interamericano los derechos intangibles en situaciones anormales, vale la pena revisar la opinión consultiva OC-8/87 del 30 de enero de

Finalmente, la tercera norma pertenece al ordenamiento interno, la Ley 137 de 1994¹¹, encargada de regular los estados de excepción, que en su artículo 4º efectúa también un listado de los derechos que no pueden limitarse:

Artículo 4º. *Derechos intangibles*. De conformidad con el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y los demás tratados sobre la materia ratificados por Colombia, durante los estados de excepción serán intangibles: el derecho a la vida y a la integridad personal; el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación; la libertad de conciencia; la libertad de religión; el principio de legalidad, de favorabilidad y de irretroactividad de la ley penal; el derecho a elegir y ser elegido; el derecho a contraer matrimonio y a la protección de la familia; los derechos del niño, a la protección por parte de su familia, de la sociedad y del Estado; el derecho a no ser condenado a prisión por deudas civiles; y el derecho al habeas corpus.

Tampoco podrán ser suspendidas las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

Acorde con lo expuesto, un derecho humano contenido en un instrumento internacional pacticio se integra en el bloque de constitucionalidad siempre y cuando reconozca uno de los derechos inderogables que se encuentran previstos en los artículos 4.2 PIDCP, 27.2 CADH y 4º de la Ley 137 de 1994¹². En este orden de ideas se puede concluir que la cláusula de apertura constitucional del artículo 93 inciso 1º se circunscribe a los derechos intangibles consagrados en los tratados y convenios internacionales¹³.

Respecto de esta cláusula de apertura GUTIÉRREZ BELTRÁN considera que la posición que ha asumido la Corte de Constitucional ha sido rígida¹⁴, pues tan

1987, en la cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce el carácter inderogable del recurso de amparo y del *habeas corpus* en estados de excepción. Así mismo, la opinión consultiva OC-9/87 del 6 de octubre, en la cual la Corte reitera lo manifestado en la OC-8/87 y precisa a su vez como garantías judiciales indispensables los procedimientos judiciales atinentes a la forma representativa de gobierno.

11 Vale la pena tener en cuenta la sentencia C-179/1994, en la cual se valoró la constitucionalidad de la Ley 137 de 1994.

12 Se integran a su vez al bloque de constitucionalidad las normas de los precitados instrumentos que fijen criterios sobre la limitación, restricción o suspensión de derechos intangibles en estados de excepción.

13 En este sentido cfr. Corte Constitucional, sentencias C-225/1995 (ff.jj. 11 y 12), C-578/1995 (f.j. 3.2), C-327/1997 (f.j. 3), C-191/1998 (f.j. 5), C-774/2001 (f.j. 4.3) y C-067/2003 (f.j. D).

14 GUTIÉRREZ BELTRÁN cuestiona en forma específica la postura asumida por la Corte en la

solo permite la incorporación al bloque de los derechos ilimitables previstos en los instrumentos internacionales, con lo cual descarta los demás derechos humanos. A su vez, a juicio de este autor, es posible dar otra interpretación al artículo 93 inciso 1º, interpretación en la cual, además de los derechos inderogables, se incluyan también los derechos humanos, con el ánimo de obtener una mayor protección de estos últimos¹⁵.

Sobre el particular se considera que el artículo 93 inciso 1º contempla una norma de reenvío al derecho internacional pacticio de los derechos humanos “intangibles”, confiriéndole carácter constitucional a uno o unos derechos, por lo que se comparte la postura de la Corte Constitucional sobre este punto. No sucede lo mismo frente a la posición de GUTIÉRREZ BELTRÁN, de la cual se discrepa puesto que, a pesar de lo garantista que podría llegar a ser la inclusión al bloque de todo tratado sobre derechos humanos, debido a la trascendencia constitucional que implica la identificación de las cláusulas de apertura, tal reconocimiento solo puede obedecer a lo previsto en la Constitución y al concepto mismo de norma de reenvío.

1.2.2. La cláusula de apertura del artículo 93 inciso 2º CP: “los tratados internacionales sobre derechos humanos”

La Corte Constitucional también ha reconocido una cláusula de apertura constitucional en el artículo 93 inciso 2º CP, norma que señala: “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. En la sentencia T- 483/1999, en la cual examinó una solicitud de protección del derecho a la libertad de locomoción, la Corte identificó una cláusula de apertura con fundamento en la norma mencionada, pues a su juicio permite la incorporación de tales derechos al bloque de constitucionalidad¹⁶.

sentencia C-327/1997, en la cual la corporación consideró que el derecho a la libertad personal no era de aquellos ilimitables en los estados de excepción porque no se encontraba previsto en el artículo 4º de la Ley 137 de 1994, y por lo tanto no incorporó en el bloque de constitucionalidad los tratados que reconocen ese derecho. Sobre el particular manifiesta el autor: “En estos términos, esta consideración promueve el irrespeto por parte del Legislador de los tratados de derechos humanos, en la medida en que al desarrollar la función normativa éste no se encuentra limitado por el haz de protección que proyecten, y desconoce los efectos específicos que [se] siguen de la suscripción de los tratados internacionales de derechos humanos”: GUTIÉRREZ BELTRÁN. Ob. cit., pp. 69 a 74.

¹⁵ Cfr. ibíd., p. 74.

¹⁶ En el fundamento jurídico 2.4 de esta sentencia se manifestó: “Según el inciso segundo del art. 93 de la Constitución, los derechos y deberes consagrados en ésta se interpretarán, de conformidad con los Tratados Internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Ello significa, que para efectos de interpretar los referidos derechos las normas de los tratados en referencia tienen carácter prevalente en el orden interno, formando por lo tanto parte del bloque de constitucionalidad, como lo ha reconocido la Corte en diferentes pronunciamientos”.

En la sentencia T-568/1999 la Corte sostuvo la misma tesis incorporando al bloque de constitucionalidad los convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), toda vez que consagran derechos humanos previstos en el artículo 93 inciso 2° CP¹⁷. La anterior providencia fue cuestionada por la parte vencida, la cual solicitó la nulidad de la misma; sin embargo la Corte, a través del auto 078A/1999, mantuvo los argumentos de la decisión inicial¹⁸.

El examen de la cláusula de apertura del artículo 93 inciso 2° CP sería abordado en forma amplia por el juez constitucional en la sentencia T-1319/2001 (f.j. 12), que consideró que en el artículo 93 CP, además de la cláusula de reenvío a los tratados o convenios internacionales que reconocen derechos intangibles, se encuentra también otra cláusula que remite a los tratados sobre derechos humanos, generando como consecuencia principal la integración de esos derechos en el bloque de constitucionalidad¹⁹; postura esta que ha recibido el beneplácito de la doctrina²⁰.

17 En esta oportunidad la corporación señaló: “Por tanto, la interpretación y aplicación de los derechos laborales en Colombia, debe consistir en la integración de las normas constitucionales y los tratados internacionales ratificados sobre la materia: el derecho a la sindicalización y el derecho a la huelga deben ser respetados, su ejercicio no se puede perturbar con la injerencia externa (empleadores, autoridades administrativas, estatales o judiciales), y solamente se debe limitar cuando se trate de servicios públicos esenciales” (f.j. I.1.d). Cfr. también sentencias C-567/2000 (f.j. 2.1), C-1490/2000 (f.j. 3), C-067/2003 (f.j. 3.C) y C-038/2004 (f.j. 20).

18 En esta decisión (f.j. I.d) se precisó la adopción de la cláusula de apertura del artículo 93 inciso 2°: “Así, queda aclarado que el bloque de constitucionalidad se construyó para interpretar las normas que fijan el alcance de los derechos comprometidos en este caso, y el de la protección que les brindan, tanto las normas internacionales como los convenios incorporados a la legislación nacional, según lo establece el artículo 53 Superior. Es decir, el bloque de constitucionalidad se usó para los fines precisos que señala el artículo 93 de la Carta Política: para interpretar el alcance de los derechos consagrados en ella ‘de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia’”.

19 En el fundamento jurídico 12 de esta sentencia la Corte aseveró: “El artículo 93 de la Constitución contempla dos hipótesis normativas distintas. Cada una de las hipótesis establece mandatos de incorporación al bloque de constitucionalidad, de alcance diferente. El inciso primero incorpora, por vía de prevalencia, los derechos humanos que no pueden limitarse bajo estados de excepción. La norma constitucional no establece relación alguna entre normas constitucionales y las disposiciones que se incorporan al ordenamiento jurídico nacional. De ahí que pueda inferirse que se integran al bloque de constitucionalidad inclusive derechos humanos no previstos en la Constitución, que cumplan con el requisito mencionado. El inciso segundo, por su parte, ordena que los derechos y deberes previstos en la Constitución se interpreten de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Así, esta vía de incorporación está sujeta a que el derecho humano o el deber, tengan su par en la Constitución pero no requiere que el tratado haga referencia a un derecho no suspendible en estados de excepción”. Esta postura fue reiterada en la sentencia C-004/2003 (ff.jj. vi.14 y vi.35).

20 GUTIÉRREZ BELTRÁN expresa al respecto: “Por fortuna, el panorama ha cambiado en la jurisprudencia reciente de la Corte Constitucional. Como ya lo anticipábamos, desde el año de 1999 la idea según la cual la totalidad de los tratados relativos a derechos humanos firmados por el Estado colombiano hace parte del bloque de constitucionalidad, ha tomado cuerpo y labrado una valiosa línea jurisprudencial”: GUTIÉRREZ BELTRÁN. *Ob. cit.*, p. 74. UPRIMNY se expresa en

La identificación por parte de la Corte Constitucional de una cláusula de apertura constitucional en el artículo 93 inciso 2° CP, que permite la incorporación de todos los derechos humanos al bloque, no se comparte por tres razones, en donde la primera de ellas se refiere a que la norma no es propiamente una norma de remisión, por el contrario, se considera que dicha norma consagra una pauta hermenéutica, mas no un mandato de integración de normas a la Constitución, y el contenido del artículo así lo dispone al ordenar que las garantías constitucionales se interpreten de acuerdo al derecho internacional pacticio de los derechos humanos²¹; la segunda razón consiste en la falta de uniformidad y precisión de los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre la materia, y la tercera razón es que en los ordenamientos jurídicos de los cuales se tomó esa disposición no se le ha dado el alcance conferido por el juez constitucional colombiano. En los siguientes párrafos se expondrá cada una las razones enunciadas.

Debe distinguirse entre los conceptos cláusula de apertura constitucional y pauta interpretativa: mientras la primera incorpora o integra derechos contemplados en fuentes externas al texto constitucional, la segunda permite que los derechos y garantías constitucionales sean precisados, aclarados o delimitados en su contenido de acuerdo con las normas de derecho internacional. De igual forma las funciones de los dos conceptos son disímiles, pues la cláusula de apertura permite conferir valor constitucional a las normas que incorpora, mientras que el criterio hermenéutico autoriza que la norma constitucional se desentrañe con la ayuda del derecho internacional pacticio de los derechos humanos, pero teniendo siempre como fundamento la garantía prevista en la Constitución.

La propia argumentación del juez constitucional permite demostrar que el artículo 93 inciso 2° CP consagra un criterio de interpretación; así, en la sentencia T-1319/2001 (f.j. 12) señala la Corte:

El inciso segundo, por su parte, ordena que los derechos y deberes previstos en la Constitución se interpreten de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Así, esta vía de incorporación

el mismo sentido: cfr. UPRIMNY. Ob. cit., pp. 32 y 33. Vélez García, desde un punto de vista procedimental, manifiesta su desacuerdo frente a la tesis de la Corte, toda vez que para él esta abandona su postura tradicional consistente en manejar los temas relativos al bloque en las sentencias de constitucionalidad, para hacerlo ahora en las de tutela, como ha sucedido con la interpretación del artículo 93 inciso 2° CP: cfr. VÉLEZ GARCÍA. Ob. cit., p. 200.

21 Se comparte sobre este punto la reflexión a la que llegan los magistrados disidentes EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ y VLADIMIRO NARANJO MESA en el salvamento de voto (f.j. 4) del auto 078A/1999, por medio del cual se resolvió la solicitud de nulidad de la sentencia T-568/1999, al considerar que la interpretación que efectuó la Corte del artículo 93 inciso 2° CP modifica la Constitución. Esta postura fue reiterada por los magistrados CIFUENTES y NARANJO en la aclaración de voto de la sentencia C-567/2000.

está sujeta a que el derecho humano o el deber, tengan su par en la Constitución pero no requiere que el tratado haga referencia a un derecho no suspendible en estados de excepción.

Si bien la Corte reconoce en la norma una vía de incorporación al bloque, luego exige que el derecho que va a ser interpretado se encuentre en la Constitución, razonamiento que conduce a preguntarse qué objeto poría tener integrar a la Constitución un derecho que ya se encuentra en la misma. Este contrasentido se genera precisamente por asignar a una pauta hermenéutica la función de incorporación de normas, función propia de las cláusulas de apertura.

Dicho lo anterior, es claro que el alcance que le da la Corte Constitucional al artículo 93 inciso 2º resulta excesivo, toda vez que varía la condición de pautas de interpretación constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos, para convertir los derechos contemplados en esos instrumentos en normas con valor constitucional, sin que exista un fundamento en la Constitución para tomar esa determinación tan relevante.

Por otra parte, debe observarse que las decisiones de la Corte sobre el tema que se analiza no han sido uniformes: así, en la sentencia C-774/2001 la corporación utiliza el artículo 93 inciso 2º como criterio de interpretación para establecer el alcance del derecho a la libertad personal de conformidad con los tratados internacionales, y descarta a su vez su incorporación al bloque por tal vía²².

Para finalizar este tema, y debido a la similitud entre los artículos 93 inciso 2º C.P y 10.2 de la Constitución española (C.E.), según el cual “2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales

22 En esta sentencia (f.j. 4.3) el juez constitucional manifestó: “No obstante, la Constitución ordena en el inciso segundo del artículo 93 que para la interpretación de los derechos consagrados en la Carta, debe estarse a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, evento por el cual, aunque las disposiciones referentes al derecho a la libertad personal no hacen parte del bloque de constitucionalidad, no por eso, debe desconocerse que su interpretación debe realizarse de acuerdo con sus mandatos”. En este mismo sentido cfr. la sentencia C-392/2002 (f.j. 3.1). La Corte Constitucional en la sentencia T-704/2006 (f.j. II.13) consideró que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos Indígenas (aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007) es una valiosa pauta interpretativa que permite fijar el alcance del derecho al reconocimiento y protección de la diversidad étnica; sin embargo, en esa oportunidad el tribunal no precisó que dicho instrumento haga parte del bloque de constitucionalidad. En la sentencia C-067/03 (f.j. 3C) se refirió a los tratados del artículo 93 inciso 2º como “instrumentos de interpretación de los derechos”. Como antecedente de la aplicación del artículo 93 inciso 2º como pauta de interpretación pueden citarse las sentencias C-251/1997 (f.j. 14) y C-408/1996 (f.j. 14), en las cuales la Corte Constitucional reconoció el principio de favorabilidad como regla de interpretación de los derechos humanos, y de obligatorio cumplimiento en el ordenamiento jurídico colombiano.

sobre las mismas materias ratificados por España”, se comenta la aplicación de la norma en ese ordenamiento²³.

El Tribunal Constitucional español ha reconocido el papel que desempeña el derecho internacional pacticio de los derechos humanos en el sistema constitucional de los derechos fundamentales²⁴, motivo por el cual, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 10.2 C.E., ha entendido que los tratados internacionales constituyen un criterio de interpretación para esclarecer y completar el contenido de los derechos²⁵.

Esta tesis del Tribunal ha sido sostenida en forma constante en las STC 62/1982 (f.j. 2)²⁶, 36/1984 (f.j. 3), 176/1988 (f.j. 2) y 71/1988 (f.j. 2). La doctrina²⁷ comparte la postura del juez constitucional, y entiende que el

23 Se cita como antecedente de las normas mencionadas el artículo 16 de la Constitución de Portugal de 1976 según el cual “2. Los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deben ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos Humanos”. Cfr. J.M. CASTELLÀ ANDREU. “El artículo 10.2 de la Constitución como canon de interpretación de los Derechos Fundamentales”, en *Derechos constitucionales y pluralidad de ordenamientos*, MIGUEL ÁNGEL APARICIO PÉREZ (coord.), Barcelona, Cedecs, 2001, p. 146. En este mismo sentido A. SAIZ ARNAIZ. *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 57. Y GUTIÉRREZ BELTRÁN. Ob. cit., pp. 74 y 75. Esta disposición también se encuentra incluida en la Constitución de Rumania en su artículo 20: “(1) Las disposiciones constitucionales relativas a los derechos y a las libertades de los ciudadanos se interpretarán y aplicarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los convenios y los demás tratados de los cuales Rumania es parte”: tomado de [http://www.cdep.ro/pls/dic/site.page?id=259&idl=5&par1=2], consultada el 30 de abril de 2009.

24 Al respecto, en la STC 21/1981 (f.j. 10) expresó: “No cabe desconocer, sin embargo, que los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos convenios internacionales sobre Derechos Humanos, ratificados por España, y que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico”.

25 Así se expresó en la STC 38/1981 (f.j. 4) (Sala Segunda): “Si se observa lo que dice su artículo 10.2), los textos internacionales ratificados por España son instrumentos valiosos para configurar el sentido y alcance de los derechos que, en este punto, recoge la Constitución”. Ver SSTC 84/1989 (f.j. 5) y 254/1993 (f.j. 6).

26 El Tribunal precisa en esta sentencia: “De acuerdo con este precepto, la Constitución se inserta en un contexto internacional en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que hay que interpretar sus normas en esta materia de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la mencionada materia ratificados por España”.

27 Cfr. L.I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ. “El artículo 93 CE y el Bloque de la Constitucionalidad: algunos problemas”, en *Estudios sobre la Constitución española*, Libro-Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, vol. I, Madrid, Civitas, 1991, p. 237. A. BROTONS REMIRO et al. *Derecho internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanch 2007, p. 657. J.M. CASTELLÀ ANDREU. Ob. cit., p. 147. A. MARTÍ DEL MORAL. “El derecho derivado comunitario y el bloque de constitucionalidad”, en *Noticias CEE*, n.º 86, marzo de 1992, p. 24. I. GÓMEZ FERNÁNDEZ. *Conflicto y cooperación entre la Constitución española y el Derecho Internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2005, p. 364. A. SAIZ ARNAIZ. Ob. cit., pp. 52 y 53, 79 a 85.

artículo 10.2 C.E. es una pauta interpretativa²⁸ que concede un plusvalor²⁹ a los instrumentos internacionales a los cuales refiere la norma.

Así las cosas, en España la función asignada al artículo 10.2 C.E. es netamente hermenéutica³⁰. El Tribunal Constitucional también ha expresado que tal criterio interpretativo no se limita a las normas de derecho internacional pacticio de derechos humanos, puesto que adicional a ello comprende los pronunciamientos de los organismos que se encargan de garantizar el cumplimiento de dichos instrumentos internacionales; así lo indica en las STC 22/1981 (f.j. 3) 140/1995 (f.j. 4), 131/1997 (f.j. 2)³¹.

Finalmente debe observarse que el artículo 10.2 C.E. no se considera norma de remisión a fuentes externas³², así lo ha precisado el juez constitucional en la STC 28/1991 (f.j. 5) al descartar la posibilidad de que las normas

28 GÓMEZ FERNÁNDEZ expresa sobre la disposición en comentario: “Es decir, el 10.2 garantiza un patrón hermenéutico mínimo, que es el que se deriva del texto de los convenios internacionales y de la jurisprudencia de los órganos internacionales encargados a su vez de interpretarlos”: GÓMEZ FERNÁNDEZ. Ob. cit., p. 418.

29 El término es utilizado por Requejo para referirse a la labor de las normas internacionales del artículo 10.2 como parámetros de validez y fundamento de los recursos de amparo: cfr. P. REQUEJO RODRÍGUEZ. *Bloque Constitucional y Bloque de la Constitucionalidad*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 1997, p. 157.

30 GÓMEZ FERNÁNDEZ señala como funciones del artículo 10.2 CE las siguientes: “– Para completar o integrar el contenido de alguna norma no suficientemente precisa o de algún concepto jurídico indeterminado (STC 36/1984), o ampliar el contenido material de algún derecho más allá de la dicción literal de la Constitución [...]. – Para fijar el test de ajuste constitucional, es decir, para buscar pautas o criterios que constituyan un referente a la hora de determinar el ajuste de una determinada conducta a un cierto derecho fundamental [...]. – Para determinar el alcance, es decir, para precisar la interpretación de alguna disposición constitucional fijando los límites implícitos del derecho (SSTC 38/1981, 62/1982, 78/1982, 38/1985, 162/1999) o definiendo con precisión el contenido esencial del derecho (STC 91/2000). – Para incluir nuevos criterios interpretativos de los derechos de la persona, tomados de la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales, como por ejemplo el principio de proporcionalidad (SSTC 62/1982, 55/1996, 161/1997, 49/1999). – Para reforzar una argumentación ya realizada por el Tribunal, a modo de recurso a un criterio de ‘autoridad internacional’, en especial referencia a interpretaciones realizadas por los Tribunales Internacionales en relación con determinadas fuentes externas (STC 22/1981)”: GÓMEZ FERNÁNDEZ. Ob. cit., pp. 389 y 390.

31 SAIZ ARNAIZ manifiesta al respecto: “Antes bien, se recurre a la doctrina jurisprudencial que los órganos de garantía establecidos en el propio tratado han elaborado al proceder a su aplicación en los casos de los que han conocido”: SAIZ ARNAIZ. Ob. cit., p. 255. En este mismo sentido cfr. GÓMEZ FERNÁNDEZ. Ob. cit., pp. 389 y 390. Cfr. también M.A. APARICIO PÉREZ. “La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución Española, como cláusula de integración y apertura constitucional a los derechos fundamentales”, en *Jueces para la Democracia*, n.º 6, 1989, p. 11. Así mismo, J.R. FERNÁNDEZ. “El control del Derecho Interno que infrinja el Derecho Comunitario Europeo y el alcance del artículo 10.2 CE en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, REDA, n.º 72, 1991, pp. 585 y 586.

32 Cfr. GÓMEZ FERNÁNDEZ. Ob. cit., p. 438. Cfr. también MARTÍ DEL MORAL. Ob. cit., p. 24.

internacionales a las que refiere la disposición mencionada se utilicen como parámetro autónomo de constitucionalidad³³.

Acorde con lo expuesto se considera que no es posible identificar en el artículo 93 inciso 2º una norma de remisión a los tratados internacionales sobre derechos humanos; por el contrario, lo que esta norma dispone es la interpretación de los derechos constitucionales de conformidad con los instrumentos internacionales, descartando la integración de tales normas en el bloque: una conclusión diferente alteraría el sentido de la norma constitucional³⁴. Lo que se cuestiona en forma específica no es la incorporación de los derechos humanos al bloque, sino la identificación de la cláusula de apertura utilizada por la Corte para tal efecto.

1.2.3. La cláusula de apertura del artículo 94 CP: “los derechos inherentes a la persona humana”

El juez constitucional, con apoyo en los artículos 93, referido, y 94 CP, el cual dispone: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”³⁵, ha identificado una cláusula de remisión que permite la inclusión en el bloque de constitucionalidad de esas nuevas garantías a las que refiere la norma en comento.

Este criterio fue propuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-580/2002 (f.j. 3.1 y 3.2), en la cual decidió incorporar al bloque la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada suscrita en Belém do Pará

33 En esta sentencia (f.j. I.1.d) el Tribunal expresa: “Problema ligeramente distinto sería que la contradicción aludida sirviera para fundamentar la pretensión de inconstitucionalidad de una ley por oposición a un derecho fundamental, puesto que las normas constitucionales que reconocen los derechos y libertades han de interpretarse ‘de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España’ (art. 10.2 de la Constitución). Sin embargo, tampoco en un supuesto de esta naturaleza se convertiría *per se* el tratado en medida de la constitucionalidad de la ley examinada, pues tal medida seguiría estando integrada por el precepto constitucional definidor del derecho o libertad, si bien interpretado, en cuanto a los perfiles exactos de su contenido, de conformidad con el tratado o acuerdo internacional”.

34 Se considera que el artículo 93 inciso 2º CP permite también que los derechos previstos en la Constitución se puedan interpretar de acuerdo a los pronunciamientos de los organismos internacionales encargados a su vez de fijar el alcance de los derechos consagrados en los instrumentos particulares. En apoyo de lo anterior cfr. la sentencia C-010/2000 (f.j. 7).

35 Pueden encontrarse en el derecho comparado dos antecedentes de la norma que se comenta: 1) la novena enmienda de la Constitución de Estados Unidos que señala: “No por el hecho de que la Constitución enumera ciertos derechos ha de entenderse que niega o menosprecia otros que retiene el pueblo”; y 2) el artículo 16.2 de la Constitución de Portugal que prevé: “Los derechos fundamentales consagrados en la Constitución no excluyen cualesquiera otros que consten en las leyes y en las normas aplicables de Derecho internacional”.

el 9 de junio de 1994. El reconocimiento de la cláusula de apertura prevista en el artículo 94 se considera pertinente, debido a que la misma se ajusta en forma plena a la noción de bloque como mecanismo para completar los derechos y garantías del texto constitucional³⁶.

Esta norma contempla sin duda alguna una cláusula de remisión, por medio de la cual se garantiza que el ordenamiento constitucional colombiano se complemente o se complete con los derechos que por esa vía se incorporan³⁷. Sin embargo, resulta indispensable señalar la importancia que reviste la fijación de criterios que permitan identificar esos derechos, ello por la indeterminación que caracteriza a la disposición que se estudia.

1.2.4. La cláusula de apertura del artículo 53 inciso 4º CP: “los convenios internacionales sobre derechos humanos en materia laboral”

El artículo 53 inciso 4º CP, el cual dispone que “los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna”, ha originado el reconocimiento de una cláusula de apertura constitucional hacia el derecho internacional pacticio de los derechos humanos en materia laboral; así lo dispuso el juez constitucional en la sentencia T-568/1999³⁸ (f.j. I.1.d),

36 La Corte Constitucional ha reiterado este criterio en las sentencias C-170/2004 (ff.jj. 18 y 19), si bien acá fundamentando su decisión en los artículos 44, 93 y 94 CP, y C-030/2008 (f.j. 4.2.2.1), en la cual, además de los citados artículos 93 y 94, ha utilizado como fundamento el artículo 53 superior. Como antecedentes de la utilización del artículo 94 como cláusula de apertura cfr. las sentencias C- 109/1995 (f.j. 7) y T-477/1995 (f.j. 15).

37 Sobre este tema cfr. la obra de VILLAMIL PORTILLA, autor que manifiesta la necesidad de utilizar en forma prudente la cláusula de apertura prevista en el artículo 94 CP: E. VILLAMIL PORTILLA, “Bloque de Constitucionalidad, una mirada alternativa”, en *XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, Universidad Libre, 2005, pp. 159 y 160.

38 Cfr. también las sentencias C-567/2000 (f.j. 2.1), C-038/2004 (f.j. 20), C-063/2008 (f.j. 3) y C-465/2008 (f.j. 5), en las cuales se reitera esta tesis. En la C-401/2005 (ff.jj. vi.1 a vi.17 y vi.20) se realiza un recuento de las providencias de la Corte mediante las cuales se ha dado aplicación a la cláusula de apertura prevista en el artículo 53 inciso 4º CP, y así mismo se señalan los criterios para distinguir entre los convenios que hacen parte del bloque y los que no lo integran. En la obra de Marcel Silva puede encontrarse un análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de incorporación de convenios al bloque de constitucionalidad, en la cual se destaca la sentencia C-013/1993 (f.j. 5), providencia que utiliza como uno de los argumentos para la declaratoria de inexecutable del Decreto Ley 035 de 1992 el desconocimiento indirecto de los convenios 87 y 98 de la OIT, toda vez que se conculcó el artículo 39 CP, lo anterior a pesar que para esa fecha no se había reconocido la existencia del denominado bloque de constitucionalidad. El autor en mención considera que la evolución del concepto de “bloque de constitucionalidad” ha sido contradictorio, y ello como consecuencia de la existencia de tres corrientes doctrinarias en materia laboral: 1) una que aboga por la incorporación de los convenios, pero sin la posibilidad de que los jueces nacionales ejecuten las decisiones proferidas por los organismos internacionales; 2) otra que sí considera viable el acatamiento de las interpretaciones realizadas por estos últimos, y 3) otra más que no considera aplicable la noción de bloque de constitucionalidad. Cfr. M. SILVA ROMERO, “Bloque de Constitucionalidad en el derecho procesal

mediante la cual decidió incorporar los convenios 87 y 98 de la OIT al bloque de constitucionalidad, apoyando tal consideración en el artículo 93 inciso 2º³⁹.

Se discrepa de la conclusión a la cual arriba la Corte, toda vez que no se observa en el artículo 53 inciso 4º una remisión a fuentes externas a las cuales se les deba asignar valor constitucional; en efecto, se considera que esta norma lo que regula es la forma de incorporación de los convenios internacionales laborales al orden interno, y lo hace previendo un régimen de recepción automática de tales instrumentos⁴⁰, respecto de lo cual la propia Corte se ha pronunciado en ese sentido, mas añadiendo una mayor ambigüedad a la función del artículo en comento:

No ofrece ninguna duda que todos los convenios internacionales del trabajo ratificados por Colombia fueron integrados a la legislación interna, por disposición expresa del inciso cuarto del artículo 53 de la Constitución. Esto significa que, de manera general, todos estos convenios adquieren el carácter de normas jurídicas obligatorias en el derecho interno por el solo hecho de su ratificación, sin que sea necesario que se dicten nuevas leyes para incorporar su contenido específico en el ordenamiento jurídico del país o para desarrollarlo⁴¹.

Las anteriores consideraciones no descartan la incorporación de los derechos previstos en las normas laborales contenidas en tratados internacionales al bloque de constitucionalidad, lo cual se puede llevar a cabo por vía de los artículos 93 inciso 1º, 44 y 94 CP, pero no a través de la cláusula de apertura que identificó el juez constitucional⁴².

1.2.5. La cláusula de apertura del artículo 44 CP: “los tratados internacionales sobre derechos de los niños”

La Corte Constitucional ha destacado la relevancia en el ordenamiento jurídico colombiano de los tratados internacionales sobre derechos de los niños, para lo cual toma como fundamento el artículo 44 CP, el cual prevé:

laboral”, en *XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, Universidad Libre, 2005, p. 236.

39 UPRIMNY reconoce el valor constitucional de los convenios de la OIT, pero considera que la incorporación de los mismos al bloque debe fundamentarse en el artículo 93 inciso 2º CP: cfr. UPRIMNY. Ob. cit., p. 33.

40 Remiro Brotóns identifica el artículo 53 inciso 4º CP como un mecanismo de recepción automática de los tratados sobre esa materia: cfr. REMIRO BROTONS et al. Ob. cit., p. 633.

41 Sentencia C-401/2005 (f.j. VI.17).

42 Como ejemplo de aplicación de la tesis propuesta puede citarse la sentencia C-170/2004 (ff.jj. 19 y 27), mediante la cual se incorporaron al bloque de constitucionalidad el Convenio 182 de la OIT, sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, y el Convenio 138, sobre la edad mínima de admisión al empleo.

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no se separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Con cimiento en la norma mencionada, en la sentencia C-325/2000 (f.j. 3.2) la Corte determinó la existencia de una cláusula de remisión hacia el derecho internacional pacticio de los derechos humanos en esa materia, y decidió integrar al bloque de constitucionalidad la Convención de los Derechos de los Niños de las Naciones Unidas⁴³.

La pertinencia de la identificación de esa norma de reenvío, y por consiguiente la asignación de valor constitucional a las garantías contenidas en los tratados sobre la materia que se trata, se comparte, pues así lo prevé la Constitución. Adicional a ello, se estima viable afirmar que tal remisión, además de fundamentarse en el artículo 44, se puede soportar en el artículo 93.1 CP, toda vez que dichos derechos, al tenor de lo previsto en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 4º de la Ley Estatutaria 137 de 1994, son intangibles en estados de excepción.

1.3. Las normas del ordenamiento jurídico interno

1.3.1. Las normas pertinentes de la Ley Estatutaria 137 de 1994 que regula los estados de excepción

En el bloque de constitucionalidad se han incorporado también las normas correspondientes de la Ley Estatutaria 137 de 1994 encargada de regular los

43 Puede verse en ese sentido la sentencia C-355/2006 (f.j. 6), así como la C-170/2004, en la cual, además del artículo 44 CP, se utilizaron como soporte los artículos 93 y 94 CP; y cfr. también la C-291/2007 (f.j. C), en la cual se reconoce el artículo 44 CP como cláusula de remisión.

estados de excepción; la Corte fundamentó tal determinación en el artículo 214.2 CP, disposición según la cual “... [u]na ley estatutaria regulará las facultades del gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales...”⁴⁴.

En la sentencia C-578/1995 (f.j. 3.2) el juez constitucional argumentó que la integración en el bloque se debe a que la ley estatutaria en esa materia específica establece los límites para la suspensión, restricción o delimitación de derechos, motivo por el cual se convierte en parámetro de control de las leyes⁴⁵.

En consonancia con lo expresado en el punto 1.2.1 de este trabajo, se participa de la inclusión de la norma referida al bloque, pero solo en cuanto a su artículo 4º, puesto que esa disposición sirve de referente para delimitar y completar el contenido de la cláusula de apertura del artículo 93 inciso 1º CP; así pues, su pertenencia al bloque, además de necesaria, resulta adecuada. Frente a las demás disposiciones de la Ley 137 de 1994, y a las otras leyes estatutarias, resulta aplicable el análisis que se efectúa en el punto que se desarrolla a continuación.

1.3.2. Las leyes orgánicas

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-358/1997 (f.j. 15.6), incorporó al bloque de constitucionalidad las leyes orgánicas⁴⁶; expresó en esa oportu-

44 La ley estatutaria regula las materias previstas en el artículo 152 CP: “... a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección; b) Administración de justicia; c) Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales; d) Instituciones y mecanismos de participación ciudadana; Estados de excepción”. Estas normas requieren para su aprobación, modificación o derogación la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y son objeto de control previo de constitucionalidad efectuado por la Corte Constitucional (art. 153 CP).

45 En la sentencia C-578/1995 (f.j. 3.2) se señaló: “La norma demandada, en conclusión, debe contrastarse con la integridad de la constitución y las reglas y principios que conforman el derecho internacional humanitario. Adicionalmente considera la Corte, que al bloque de constitucionalidad se incorporan las normas pertinentes de la ley estatutaria sobre los estados de excepción”. Esta postura ha sido reiterada en las sentencias C-135/1996 (f.j. 3.2) y C-708/1999 (f.j. 3).

46 En la sentencia C-423/1995 (f.j. 4) la Corte se mostraría partidaria de la inclusión de las leyes orgánicas al bloque, sin embargo, no efectúa una afirmación categórica al respecto, motivo por el cual se cita la sentencia C-358/1997 como fundadora de esa línea jurisprudencial. Esta postura se reitera en la sentencia C-985/2006 (f.j. VI.3.4.4). En este mismo sentido cfr. la sentencia C-228/2009 (ff.jj. vi.10 a vi.12). El juez constitucional, en la sentencia C-238/2010 (f.j. II.4.1), reiteró esta tesis: en esta oportunidad la Corte examinó las objeciones presidenciales al Proyecto de Ley 280/08 Cámara-178/08 Senado, “Por la cual se rinde homenaje a las víctimas del delito de desaparición forzada y se dictan medidas para su localización e identificación”, toda vez que a juicio del gobierno ese proyecto de ley desconocía el artículo 7º de la Ley Orgánica 819 de 2003; en el caso concreto la corporación consideró infundadas las objeciones.

nidad que si bien son disposiciones que no tienen jerarquía constitucional, la propia Carta Política ordena que sus mandatos sean respetados por las leyes ordinarias⁴⁷.

Ahora bien, es correcto afirmar que la propia Constitución ordena que tales normas sean obedecidas por la legislación ordinaria, pero dicho argumento no permite concluir que las leyes orgánicas integran el bloque⁴⁸. Para explicar lo antedicho resulta indispensable revisar cuándo una ley ordinaria puede quebrantar una ley orgánica, lo cual puede suceder por dos vías: a) que la ley ordinaria regule materias reservadas a la ley orgánica, y b) que la ley ordinaria desconozca los procedimientos creados por la ley orgánica.

En el primer supuesto planteado, la propia Corte ha reconocido que se ocasiona un vicio de competencia en cabeza del legislador que a su vez conlleva una violación material de la Constitución⁴⁹. En este orden de ideas la ley ordinaria, cuando regula una materia concerniente a la ley orgánica, desconoce el artículo 151 CP, por cuanto que es dicha norma la que contempla las materias reservadas a dichas leyes⁵⁰.

En el segundo supuesto, cuando una ley ordinaria desconoce los procedimientos fijados por la ley orgánica, se vulnera de forma indirecta o mediata el artículo 151 CP, ya que si bien el reproche principal que se le hace a la ley ordinaria es no seguir el procedimiento que contiene la ley orgánica, esa violación ocasiona una transgresión del citado artículo superior, debido a que se deja de observar la sujeción del ejercicio de la actividad legislativa frente a las leyes orgánicas.

De lo expresado se extrae que el desconocimiento de una ley orgánica por parte de una ley ordinaria ocasiona la infracción del artículo 151 CP, razón por la cual no se adhiere a la utilización de la noción de bloque que efectúa la Corte Constitucional para integrar las leyes orgánicas, esto si, como ella

47 Las leyes orgánicas, conforme al artículo 151 CP, regulan las siguientes materias: 1) reglamentos del Congreso; 2) preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de aprobaciones y del plan general de desarrollo; 3) las competencias de las entidades territoriales. Para su aprobación requieren la mayoría absoluta de los miembros del Congreso.

48 Sobre este tema en concreto cfr. lo dispuesto en la sentencia C-337/1993 (f.j. 2.1.1), en la cual se describe la naturaleza y características de las leyes orgánicas, pronunciando que ha debido seguirse al considerar que tales normas podían incorporarse en el bloque, para llegar a una conclusión contraria: “Desde luego una ley orgánica es de naturaleza jerárquica superior a las demás leyes que versen sobre el mismo contenido material, ya que éstas deben ajustarse a lo que organiza aquella. Pero, propiamente hablando, la ley orgánica no tiene el rango de norma constitucional, porque no está constituyendo sino organizando lo ya constituido por la norma de normas, que es, únicamente, el Estatuto Fundamental”.

49 Corte Constitucional, sentencia C-600A/1995 (ff.jj. 5, 6 y 7).

50 En este mismo sentido se expresa GUTIÉRREZ BELTRÁN, quien considera que el fundamento de la inconstitucionalidad de la ley ordinaria al regular la competencia orgánica consiste en el desconocimiento de la norma constitucional encargada de establecer tal competencia: cfr. GUTIÉRREZ BELTRÁN. Ob. cit., p. 37.

misma lo ha señalado, una vulneración de la norma orgánica es un desconocimiento material de la Constitución⁵¹.

Parece innecesario, entonces, salir de la Constitución a través de la noción de bloque para incorporar al texto constitucional un contenido que ya se encuentra en la misma (art. 151) y que cumple la misma función que por esa vía se le pretende confiar, a saber, servir de parámetro de control de constitucionalidad.

Dicho lo anterior, resulta pertinente examinar la inclusión de las leyes estatutarias en el bloque⁵². El juez constitucional en la sentencia C-582/1999⁵³ (f.j. 3) parece mostrarse partidario de la incorporación de esas normas, aunque no señala en forma específica la ley estatutaria que sería integrada⁵⁴. A este respecto se consideran aplicables los argumentos enunciados en este acápite frente a las leyes orgánicas, en cuanto a que el quebrantamiento por parte de la ley ordinaria no se presenta de cara a la ley estatutaria sino frente a la Constitución (art. 152 CP), motivo por el cual no se participa de la tesis de la Corte⁵⁵, con la única salvedad de la anexión al bloque del artículo 4º de la Ley Estatutaria 137 de 1994 sobre estados de excepción.

51 Sobre este punto se comparte el planteamiento de GUTIÉRREZ BELTRÁN, el cual discrepa de la tesis propuesta por la Corte. Para este autor tales normas no poseen una superioridad jerárquica frente a las leyes ordinarias. Así mismo, considera que la relación entre esas leyes –orgánicas y ordinarias– y los posibles conflictos que se lleguen a suscitar deben resolverse por medio del principio de reserva: cfr. GUTIÉRREZ BELTRÁN. Ob. cit., p. 37.

52 En la sentencia C-555/1994 (f.j. 32), en la cual se estudió la constitucionalidad de las leyes 60 de 1993, “Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”, y 115 de 1994, “Por la cual se expide la Ley General de Educación”, la Corte por primera vez se refiere a la integración de un bloque de constitucionalidad entre la Constitución y la ley Estatutaria 133 de 1994, “Por la cual se desarrolla el derecho de libertad religiosa y de cultos, reconocido en el artículo 19 de la Constitución Política”. Sin embargo, en esta providencia no se construye por parte de la Corte una argumentación que justifique la existencia de la figura.

53 En esta sentencia la Corte cita como fundamento el fallo C-578/1995, sin embargo, debe recordarse que en ese pronunciamiento se incorporó en forma específica la Ley 137 de 1994 que regula los estados de excepción, y no las leyes estatutarias de manera genérica.

54 UPRIMNY se muestra de acuerdo con la integración de las leyes estatutarias en el bloque, y además cuestiona la tesis propuesta por la Corte en la sentencia C-708/1999 (f.j. 3) en la que se descartó la incorporación de la ley estatutaria de la administración de justicia y se reiteró la inclusión de la ley estatutaria sobre estados de excepción. Cfr. UPRIMNY. Ob. cit., p. 31.

55 En este sentido se expresa Sierra Porto, quien considera que no existe en la Constitución una remisión que permita incorporar en el bloque de constitucionalidad las leyes orgánicas y las estatutarias, y además asevera que si bien a dichas leyes la Carta Política les confió la regulación de unas materias especiales y les fijó para su aprobación un trámite específico, no por esto se puede concluir que gozan de superioridad jerárquica frente a la ley ordinaria. Cfr. la aclaración de voto del magistrado Humberto Sierra Porto a la sentencia C-394/2007 (A.V. f.j. 3). En el mismo sentido se pronuncia GUTIÉRREZ BELTRÁN, pues a su juicio es equivocada la incorporación de las leyes estatutarias en el bloque de constitucionalidad: cfr. GUTIÉRREZ BELTRÁN. Ob. cit., p. 43.

1.4. La cláusula de apertura del artículo 101 CP: “los tratados internacionales sobre límites del territorio”, y los dos sentidos del bloque: estricto y amplio

El juez constitucional en la sentencia C-191/1998⁵⁶ (f.j. 7) reconoció una cláusula de apertura constitucional en el artículo 101 CP, el cual dispone:

Los límites de Colombia son los establecidos en los tratados internacionales aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el Presidente de la República, y los definidos por los laudos arbitrales en que sea parte la Nación.

Los límites señalados en la forma prevista por esta Constitución, solo podrán modificarse en virtud de tratados aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el Presidente de la República.

A juicio de la corporación, los tratados internacionales que fijan los límites territoriales del Estado forman parte del bloque, toda vez que estos instrumentos completan el contenido de la norma citada. Esta postura ha sido reiterada en las sentencias C-400/1998 (f.j. 42) y C-1022/1999 (f.j. 8). En esta última sentencia, en la cual la Corte juzgaba la constitucionalidad de la Ley 539 de 1999, aprobatoria del tratado sobre delimitación marítima entre Colombia y Honduras suscrito el 2 de agosto de 1986, afirmó que los tratados que impliquen o conlleven una cesión del territorio existente en 1991, fecha en la cual entró en vigor la Constitución, requieren la aprobación interna a través de los mecanismos de reforma a la misma.

La inclusión de estos tratados al bloque de constitucionalidad dio lugar a que la Corte estableciera dos sentidos o clasificaciones que comprenden las normas que integran ese concepto⁵⁷. El primero de ellos, el de bloque en sentido estricto, el cual está conformado por la Constitución y las normas a las que hace alusión la cláusula de apertura prevista en el artículo 93 inciso 1º CP, normas estas que se caracterizan por gozar de la misma jerarquía constitucional, por ser materialmente constitucionales y por servir de parámetro de constitucionalidad⁵⁸. El segundo, el denominado bloque de constitucionalidad

56 En esta sentencia señaló: “El artículo 101 de la Carta, al definir los límites territoriales del Estado colombiano, remite por completo a lo establecido en los tratados internacionales que sobre esta materia haya suscrito Colombia. El anotado artículo se convierte así en una especie de norma en blanco cuyo contenido debe ser completado a la luz de lo dispuesto en los mencionados instrumentos internacionales. Por vía de la remisión expresa que a ellos efectúa el artículo 101 de la Constitución, los tratados que definen los límites del territorio colombiano entran a formar parte del bloque de constitucionalidad *lato sensu*”.

57 Sentencia C-191/1998 (f.j. 5). Esta postura fue reiterada en las sentencias C-067/03 (f.j. 3C), C-401/2005 (f.j. VI.9) y C-750/2008 (f.j. V.4.1.3).

58 Sobre esta clasificación cfr. GUTIÉRREZ BELTRÁN. Ob. cit., pp. 30 a 33; así mismo, UPRIMNY. Ob. cit., p. 20. En la obra de Santofimio Gamboa también se encuentra una referencia a los

en sentido amplio, integrado por el preámbulo de la Carta, la ley estatutaria que regula los estados de excepción, las leyes estatutarias, las leyes orgánicas, algunos tratados sobre derechos humanos y los tratados que fijan los límites territoriales del Estado. Su atributo principal es servir de parámetro de constitucionalidad, además ostentan un rango normativo superior a las leyes ordinarias –en algunos casos son normas constitucionales propiamente dichas, y en otros ostentan una jerarquía intermedia o interpuesta⁵⁹ entre la Constitución y la ley ordinaria– y forman parte del bloque de constitucionalidad por remisión expresa de una norma de la propia Carta⁶⁰.

Merece la pena examinar la identificación de la cláusula de apertura del artículo 101 CP, que permitió la inclusión en el bloque de los tratados que fijan límites territoriales⁶¹. La postura adoptada por la Corte se considera desacertada, primero porque el artículo en comento no prevé una cláusula de remisión o apertura a una fuente externa, y segundo porque la Corte, al igual que en la inclusión al bloque de las leyes orgánicas y las estatutarias, confunde la reserva de materia consagrada en la Constitución sobre estos asuntos, “tratados sobre límites”, con la asignación de una presunta jerar-

dos sentidos del bloque y su estructura: J.O. SANTOFIMIO GAMBOA. *Procedimientos administrativos y tecnología*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 67 a 73.

59 GÓMEZ FERNÁNDEZ recuerda el origen del concepto de norma interpuesta, que fuera utilizado por la Corte Constitucional italiana para argumentar la posibilidad de ejercer el control de la legislación interna utilizando como parámetro de validez el derecho comunitario. Se consideraba que la norma comunitaria, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 11 de la Constitución italiana –que acepta la transferencia de competencias del Estado a la Comunidad Europea–, funcionaba como norma interpuesta entre la Constitución y el derecho interno, y por tal motivo condicionaba su validez. Sin embargo, esta tesis fue abandonada una vez que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en la sentencia *Granital*, manifestó que las jurisdicciones constitucionales de los países de la Comunidad no tienen competencia para juzgar el ajuste del derecho interno frente a la norma comunitaria. Cfr. GÓMEZ FERNÁNDEZ. Ob. cit., pp. 359 y 398.

60 Este planteamiento ha sido reiterado en las sentencias C-774/ 2001 (f.j. 4.3), C-1001/05 (f.j. 3.2), C-155/2007 (f.j. 4.3), C-291/2007 (f.j. C), C-228/2009 (f.j. VI.9) y C-238/2010 (f.j. II.4.1.2). Un ejemplo de lo anterior puede verse en la integración en el bloque de los convenios de la OIT, respecto de lo cual la Corte ha señalado que: a) si el instrumento internacional consagra derechos ilimitables en estados de excepción (art. 93 inc. 1º) lo será en sentido estricto, y b) si sirve de referente para interpretar los derechos laborales lo será en sentido lato: así se pronunció en las sentencias C-280/2007 (f.j. 4) y C-466/2008 (f.j. 3.2.2). En la sentencia C-200/2002 (f.j. 3.2) la Corte incorpora el texto de la Constitución al bloque en sentido lato –postura reiterada en la C-047/06 (f.j. 4.2)–, pero se considera contradictorio tal parecer, primero porque en la sentencia C-191/1998 (f.j. 5), en la cual creó los dos sentidos del bloque, estableció que el articulado de la Constitución conformaba el sentido estricto, y segundo, porque la propia Constitución es la pieza central de la noción de bloque.

61 Para RAMELLI, la argumentación de la Corte Constitucional sobre este punto no ha sido lo suficientemente clara: cfr. A. RAMELLI ARTEAGA. “Sistema de fuentes de derecho internacional público y ‘bloque de constitucionalidad’ en Colombia”, en *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.º 11, 2004, p. 161.

quía normativa intermedia⁶². En los siguientes párrafos se exponen las dos razones mencionadas.

El principal argumento para descartar la incorporación de los tratados del artículo 101 CP en el bloque consiste en distinguir entre una remisión a una fuente externa como cláusula de apertura –p. ej., la efectuada en el art. 93 inc. 1º CP– y una regulación de los vínculos interestatales a través de los mecanismos de derecho internacional previstos en la Constitución –p. ej., los tratados de integración económica contemplados en el art. 227 CP–⁶³.

En el primer evento se asigna valor constitucional a tales normas, y en el segundo, mediante un instrumento internacional, se convierte en derecho positivo una materia específica de las relaciones entre Estados. Así pues, se considera que los tratados del artículo 101 CP corresponden a la segunda hipótesis, motivo por el cual no deberían estar incluidos en el bloque⁶⁴.

Por otra parte, en lo referente a la jerarquía interpuesta de los tratados sobre límites, como ya se anunciaba, la Constitución no prevé tal gradación, lo que sí dispone es una reserva de materia sobre el tema, que en caso de ser ignorada ocasiona una vulneración de la propia Carta Política; por ello se insiste en que dichos tratados no integran el bloque. Para demostrar lo planteado, se pasa a analizar la posibilidad de que una ley ordinaria desconozca los tratados sobre límites. En el evento en que una ley regulara esa materia específica –límites territoriales del Estado– se generaría la siguiente consecuencia: la norma sería inconstitucional por quebrantar, además de la previsión del artículo 101 CP que reserva la determinación de los límites territoriales a través de tratados, todas las demás normas constitucionales que regulan el tema: artículos 150.16, 189.2 y 241.10⁶⁵, con lo cual es claro que la norma que se infringe no es el tratado, sino la propia Constitución, y por ende sobra incorporar a la noción de bloque un parámetro de control de constitucionalidad que la propia ley fundamental contiene.

Adicional a lo dicho, en este tema se ha de revisar un aspecto específico que llama la atención, y es que la Corte estableció que si el tratado sobre límites territoriales implica una cesión de una porción del territorio estatal,

62 GUTIÉRREZ BELTRÁN se aleja de la tesis de la Corte, pues para este autor la inclusión de los referidos instrumentos internacionales no tiene soporte constitucional, y no goza de efectos prácticos: cfr. GUTIÉRREZ BELTRÁN. Ob. cit., p. 49.

63 Esa norma dispone: “El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones”.

64 Sorprende la tesis sostenida por la Corte en la sentencia C-582/1999 (f.j. 3) en la cual omite los tratados del artículo 101 CP al referirse al contenido del bloque de constitucionalidad.

65 El artículo 150.16 le otorga al Congreso la facultad de aprobar los tratados internacionales, el artículo 189.2 faculta al Presidente para que celebre los tratados y el 241.10 le confiere a la Corte Constitucional el control automático de constitucionalidad de la ley aprobatoria del tratado.

además del trámite previsto en el artículo 101 CP, dicho tratado debe convalidarse por medio de los mecanismos de reforma constitucional previstos en el título XIII de la Carta Política –acto legislativo, asamblea constituyente y referendo–, so pena de ser declarado inconstitucional por esa corporación cuando efectúe el control automático del mismo⁶⁶.

Al revisar el texto del artículo 101 CP, en lo referente al cambio de los límites territoriales, a cuyo tenor “[l]os límites señalados en la forma prevista por esta Constitución, solo podrán modificarse en virtud de tratados aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el Presidente de la República...”, se puede concluir que la claridad de la norma descarta la interpretación efectuada por el juez constitucional, toda vez que cualquier variación de los límites debe hacerse por la vía del artículo 101 CP, es decir mediante un nuevo tratado, sin que conlleve una reforma constitucional. La postura de la Corte en este punto desdibuja el artículo 101 CP y desborda las propias competencias de la corporación, toda vez que mediante una interpretación de la Constitución realiza una reforma de la misma.

Finalmente, es indispensable que se exprese que la clasificación de los dos sentidos del bloque (estricto y amplio) no es coincidente con el alcance del concepto bajo estudio, ni con una adecuada identificación del contenido del bloque conforme con lo que se ha expuesto en este trabajo. Además, los pronunciamientos judiciales sobre esta materia no han sido claros; así por ejemplo, bajo la aplicación de la cláusula de apertura del artículo 94 CP, en una oportunidad se integró al bloque una normativa internacional en estricto sentido (ver sent. C-170/2004, f.j. 19) y en otra se hizo en sentido lato (ver sent. C-580/2002, f.j. 3.1), lo anterior sin que exista un argumento para hacer distinciones en incorporaciones que se fundan en la misma norma de remisión. Así mismo, en la sentencia C-238/2010 (f.j. II.4.1.1) también se evidencia una falta de coherencia en la integración de las normas al bloque de constitucionalidad en sentido estricto y en sentido amplio, lo anterior por cuanto en esta providencia se afirma respecto de la integración del bloque en sentido amplio: “En este orden de ideas, y acorde con la jurisprudencia constitucional, hacen parte del bloque de constitucionalidad –sentido lato– los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Constitución, las leyes orgánicas y las leyes estatutarias en algunas ocasiones”; esto a pesar de que, de acuerdo con los pronunciamientos de esta misma corporación, los tratados del artículo 93 hacen parte del bloque en sentido estricto. En la sentencia SU-58/2003 (f.j. II.31) también se advierte la falta de claridad en los contenidos normativos que conforman el bloque en los sentidos comentados.

Las mencionadas falencias no aportan claridad ni seguridad en la aplicación de la noción, de igual forma impiden que se estructure un orden en la

66 Sentencia C-1022/1999 (f.j. 8).

composición del bloque, e imposibilitan que se fijen la naturaleza y funciones de los derechos que se integran en el concepto bajo estudio. El aspecto en comento hace parte de la propuesta de revisión que se plantea en este artículo, y por esta razón se volverá sobre el mismo en el punto 2 de este texto.

1.5. El preámbulo de la Constitución de 1991

La ampliación de los componentes del bloque de constitucionalidad continuaría en la sentencia C-582/1999 (f.j. 3), en donde la Corte afirma que el preámbulo de la Constitución de 1991 se entiende también integrado a dicha noción, pero en el sentido amplio, sin especificar algún motivo para cimentar su conclusión.

Ahora bien, antes del surgimiento de la noción de bloque, en la sentencia C-479/1992⁶⁷ (f.j. 3) el juez constitucional había considerado que el preámbulo es parte integrante de la Constitución, y que por ello no es preciso acudir a la noción de bloque para buscar un contenido que se encuentra en la misma Carta Política⁶⁸.

1.6. Otra posible apertura: las decisiones de los jueces internacionales y el soft law

El contenido del bloque de constitucionalidad tiene una orientación hacia unos derechos específicos, los derechos humanos, y en ese sentido el estudio de los componentes de la noción con el paso de los años se ha profundizado; por ello actualmente ese análisis no se detiene en el estudio de los tratados sobre derechos humanos, sino que se amplía a las decisiones que son emitidas por los jueces internacionales en desarrollo de dichos tratados, así como también a los documentos o instrumentos que son proferidos por las organizaciones internacionales, es decir, aquello que usualmente se denomina *soft law*⁶⁹.

67 En esta sentencia (f.j. 3) la Corte manifestó: “Lejos de ser ajeno a la Constitución, el Preámbulo hace parte integrante de ella”, para concluir más adelante: “Juzga la Corte Constitucional que el Preámbulo goza de poder vinculante en cuanto sustento del orden que la Carta instaura y, por tanto, toda norma –sea de índole legislativa o de otro nivel– que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios”.

68 GUTIÉRREZ BELTRÁN considera que la incorporación del Preámbulo al bloque de constitucionalidad es innecesaria, toda vez que el mismo pertenece a la Constitución: cfr. GUTIÉRREZ BELTRÁN. Ob. cit., p. 54. Sobre este mismo punto la Corte, en la sentencia C-067/2003 (f.j. 3.C), afirma que la inclusión del Preámbulo al bloque se produjo en la sentencia C-479/1992, aseveración que resulta imprecisa, ya que si bien esta sentencia determina que es parte integrante de la Constitución, es la C-582/1999 la que lo integra en el bloque.

69 Se presenta en este párrafo una relación de algunos de los documentos que según la doctrina forman parte del *soft law*, ello con un propósito meramente enunciativo, no con el ánimo de definir esa noción. Sobre los diversos documentos que conforman el *soft law* cfr. M.I. TORO

En el primer supuesto, el correspondiente a las decisiones judiciales de los jueces internacionales, que en el caso colombiano se refiere a las proferidas por la Corte Internacional de Justicia –Sistema Universal– y por la Corte Interamericana –Sistema Regional–, antes de analizar si esos pronunciamientos integran el bloque de constitucionalidad resulta indispensable que se verifiquen los efectos vinculantes de ese tipo de decisiones, para conocer si los criterios fijados en esos pronunciamientos deben ser respetados por la jurisdicción interna.

Inicialmente, bajo el auspicio de los efectos de cosa juzgada –*inter partes*– de las decisiones de los jueces internacionales, ante la ausencia de una norma convencional o consuetudinaria que de manera expresa fijara el carácter vinculante de las decisiones judiciales para los Estados, así mismo con apoyo en el principio de *pacta sunt servanda* y debido al carácter de fuente auxiliar de las decisiones judiciales al tenor de lo regulado por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, se consideraba que tales pronunciamientos no producían efectos para los Estados que no hacían parte del litigio o proceso judicial correspondiente. Adicional a ello, en lo que hace a la labor consultiva de los tribunales internacionales se tomaba como una labor asesora, y por consiguiente lo resuelto en las opiniones consultivas no obligaba a los otros Estados⁷⁰.

No obstante lo anterior, con posterioridad se ha reconocido que los efectos de las decisiones judiciales de los tribunales internacionales sí son obligatorios para los Estados miembros del tratado, en donde para arribar a esa conclusión se ha argumentado en forma principal el denominado principio de cosa interpretada, sobre el cual se ha expresado:

El efecto de cosa interpretada, o efecto indirecto, irradiador o expansivo, se ha desarrollado en el ámbito jurídico internacional en relación con los Tribunales Internacionales de derechos humanos. En ese sentido, se ha señalado que el efecto de cosa interpretada, es aquel en virtud del cual las interpretaciones contenidas en una sentencia de un tribunal internacional de derechos humanos, trascienden el caso concreto⁷¹.

HUERTA. “El fenómeno del Soft Law y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, 2006, pp. 534 y 535.

70 Cfr. X.L. ROMERO PÉREZ. *Vinculación de las resoluciones judiciales de la Corte Interamericana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 21 a 48. En esta obra se realiza un análisis detallado sobre los argumentos generales y específicos a favor y en contra del efecto vinculante de las resoluciones judiciales de la Corte Interamericana, y se concluye que esos pronunciamientos sí generan efectos obligatorios para los Estados miembros del Sistema Interamericano.

71 *Ibíd.*, p. 84. Sobre la aplicación del principio de cosa interpretada en el Sistema Europeo de derechos humanos, Saiz Arnaiz manifiesta: “La adecuación de las jurisdicciones y, en general, de los poderes públicos nacionales, al entendimiento que de los derechos convencionales se deduce de las sentencias del Tribunal Europeo se concreta en el conocido como principio de

También se han expuesto otra serie de razones, tales como que el reconocimiento del carácter vinculante garantizaría los derechos contemplados en el tratado; la existencia de una costumbre regional en el sentido de aceptar la obligatoriedad de las resoluciones judiciales, y el principio *pro personae*⁷².

Sobre este tema la Corte Constitucional ha reconocido que las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituyen una pauta hermenéutica relevante para desentrañar las normas constitucionales en materia de derechos fundamentales⁷³, y de igual forma precisó en la sentencia T-558/2003 (f.j. 1) que las sentencias de los órganos judiciales internacionales gozan de efectos vinculantes.

En este orden de ideas, se puede concluir que las decisiones de los tribunales internacionales en materia de derechos humanos vinculan a las autoridades y poderes públicos del Estado colombiano.

Ahora, lo que se debe examinar es si dichas resoluciones judiciales pueden hacer parte del bloque de constitucionalidad; por esta razón y de acuerdo con el planteamiento que se ha formulado en este trabajo, se requiere verificar si existe en la Constitución una cláusula de apertura que remita hacia esos contenidos del derecho internacional pacticio de los derechos humanos. Sobre el particular, se considera que la norma que pudiese soportar una apertura constitucional hacia esas decisiones de los tribunales internacionales es el artículo 93.2 CP, razón por la cual, y conforme con lo planteado en el acápite 1.2.2 de este escrito, se reitera que los contenidos a los que se refiere la norma en comento cumplen una función hermenéutica, mas no una labor de integración de derechos, por lo cual no integran el bloque de constitucionalidad⁷⁴.

‘cosa interpretada’, distinto de la ‘cosa juzgada’ y que, al contrario de este último (arts. 42 y 44 CEDH) no aparece explicitado en el Convenio. De acuerdo con el precitado principio, que podría reconducirse al art. 32 CEDH, la interpretación del Convenio efectuada por el Tribunal no tiene un propósito limitado al caso que se encuentra decidiendo, sino que sirve para ‘clarificar, salvaguardar, y desarrollar las normas del convenio’, que imponen obligaciones objetivas a todos los Estados parte para la protección de los derechos humanos. Es tanto como decir que los contenidos de cada concreto derecho que el Tribunal extrae de su formulación en el Convenio se proyectan como contenidos del propio Convenio sobre todos los ordenamientos nacionales, no sólo de las partes implicadas en cada proceso, y ello pura y simplemente en virtud de ‘la autoridad propia de la jurisprudencia del Tribunal en tanto que intérprete de las disposiciones del Convenio’”: SAIZ ARNAIZ. Ob. cit. pp. 143 y 144.

72 Cfr. ROMERO PÉREZ. Ob. cit. pp. 49 a 123.

73 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-010/2000 (f.j. 7).

74 Ver *supra*. Podría pensarse que en aquellos casos en los cuales ha operado una real integración de un derecho al bloque de constitucionalidad con fundamento en la utilización adecuada de una cláusula de apertura o reenvío (arts. 44, 93 inciso 1º y 94), la interpretación que de tal derecho realice el organismo judicial a quien se le haya conferido dicha labor podría integrarse al bloque de constitucionalidad junto con el derecho también integrado. Esta postura se soportaría en el planteamiento de GIMENO PRESA según el cual las interpretaciones de un precepto jurídico precisan su alcance, y por consiguiente la interpretación y la disposición interpretada conforman una unidad, a la cual se le denomina norma jurídica. Cfr. la cita que de la obra *Interpretación*

Por su parte, el denominado *soft law* se utiliza “en Derecho Internacional para referirse a esa zona gris, conformada por textos que no son estrictamente derecho, conforme al sistema tradicional de fuentes, pero que no carecen de relevancia y una cierta fuerza jurídica, por lo que no podrán ser considerados como simples consideraciones de *lege ferenda* o sugerencias sobre lo que debería ser el derecho, y no sobre lo que efectivamente es”⁷⁵, y en él generalmente se incluyen una serie de documentos producidos por organismos y organizaciones internacionales, entre ellos:

... resoluciones de organizaciones internacionales, recomendaciones de organismos internacionales, informes adoptados por organismos internacionales o dentro de conferencias internacionales, programas de acción, textos de tratados que no han entrado en vigor, declaraciones interpretativas de determinados tratados o convenios, disposiciones programáticas o *non-self executing*, acuerdos no normativos, acuerdos políticos o *gentlemen's agreement*, códigos de conducta, directrices o estándares⁷⁶.

La inclusión de esta categoría de documentos internacionales en el bloque de constitucionalidad pareciera ser aceptada por la Corte Constitucional de manera implícita, toda vez que aunque en sus pronunciamientos no se refiera propiamente al término *soft law*, sí reconoce algunos documentos que hacen parte de ese concepto. En la sentencia T-568/1999 (f.j. 1) expresó que la recomendación del Comité de Libertad Sindical de la OIT hace parte del bloque de constitucionalidad; así mismo, en la sentencia T-327/2001 (f.j. II.b) integró en el bloque los Principios Rectores del Desplazamiento Interno consagrados en el Informe del Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para el Tema de los Desplazamientos Internos de Personas⁷⁷.

y derecho: *Análisis de la obra de Riccardo Guastini*, de Gimeno Presa, realiza ROMERO PÉREZ. Ob. cit., p. 91.

75 R. UPRIMNY. *Bloque de Constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2008, p. 102. Por su parte, TORO HUERTA expresa sobre el concepto del *soft law*: “Así, la expresión *Soft Law* busca describir la existencia de fenómenos jurídicos caracterizados por carecer de fuerza vinculante aunque no carentes de efectos jurídicos o al menos con cierta relevancia jurídica”: TORO HUERTA. *El fenómeno del Soft Law y las nuevas perspectivas del derecho internacional*, cit. p. 516.

76 Ibid., p. 534. Se cita esta clasificación porque se considera la más amplia, a pesar de que la obra de Toro Huerta contiene otras.

77 Esta postura fue reiterada en la sentencia T-602/2003 (f.j. 18). Sobre la posibilidad de que los documentos del *soft law* formen parte del bloque de constitucionalidad UPRIMNY sostiene una postura que se podría denominar intermedia, pues a juicio de ese autor, “es razonable concluir que los documentos de *soft law* en materia de derechos humanos no hacen parte mecánicamente del ‘Bloque de Constitucionalidad’, pero no solo pueden ser utilizados doctrinariamente para interpretar el sentido de las disposiciones constitucionales sino que, con cautela, es posible concluir que algunos de ellos, en la medida en que puedan ser considerados interpretaciones autorizadas de tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (CP

La postura que se acaba de comentar no se comparte, y para explicar ese disentimiento se desarrollarán los siguientes cuatro argumentos: 1) la ausencia de una cláusula de apertura constitucional que remita hacia esas fuentes externas; 2) el desconocimiento del carácter no vinculante de las normas de *soft law*⁷⁸; 3) el carácter inacabado y controversial del derecho blando, y 4) la falta de uniformidad de la Corte Constitucional en la utilización de esos instrumentos internacionales.

En el texto de la Constitución no existe una cláusula de apertura o reenvío que fundamente la inclusión de derechos contemplados en el *soft law*. Este aspecto es esencial para que pueda hablarse de bloque de constitucionalidad, en el sentido expresado en la parte inicial de este escrito⁷⁹, y ante la falta de esa autorización la actuación de la Corte en el sentido de integrar tales normas desborda las competencias que la ley fundamental le ha encomendado⁸⁰.

Ahora bien, la propia naturaleza del *soft law* impide que el mismo sea valorado como si fuera una fuente autónoma del derecho internacional, pues los instrumentos que lo conforman, si bien son susceptibles de producir efectos jurídicos, no gozan de un carácter vinculante; por tal motivo no podría ser integrado en la noción de bloque un derecho consagrado en los instrumento que no obligan a los Estados⁸¹.

El concepto de derecho blando es una noción frente a la cual no existe un consenso, ni mucho menos claridad a nivel internacional, por lo que es

Art. 93), o expresiones consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario (CP Art. 214), o concreción de principios generales de Derecho Internacional aceptados por Colombia (CP Art. 9°), pueden entenderse incorporados al Bloque de Constitucionalidad”: UPRIMNY. *Bloque de Constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*, cit., p. 107.

78 Este argumento se toma de la propia noción de *soft law* y del salvamento de voto del magistrado HUMBERTO SIERRA PORTO a la sentencia T-257/2008.

79 Ver *supra*.

80 Sobre el particular, GUTIÉRREZ BELTRÁN afirma: “A pesar de la trascendental importancia que tienen las recomendaciones y del valioso aporte que éstas realizan para hacer realidad el compromiso de los Estados por hacer los derechos humanos, su incorporación en el bloque de constitucionalidad es equivocada. En primer lugar, la Corte Constitucional ha señalado que un requisito infranqueable que se plantea a la agregación de normas jurídicas es la remisión expresa del constituyente. En un Estado de derecho la configuración de la Constitución Política no puede estar sometida al antojo del juez constitucional, por lo que es necesario que exista una disposición constitucional que ordene la remisión al orden internacional para terminar de llenar el contenido del texto superior. En tal sentido, al repasar las disposiciones constitucionales no se encuentra alusión alguna a las recomendaciones realizadas por organizaciones internacionales de la cual se siga su incorporación en el articulado superior”: ob. cit., p. 85.

81 En el salvamento de voto a la sentencia T-257/2008 (f.j. 2), el magistrado disidente Humberto Sierra Porto argumenta en contra de la inclusión del derecho flexible al bloque de constitucionalidad; en esa oportunidad expresó: “Se trata de declaraciones o principios elaborados por expertos, relatores o cuerpos especializados que tienen un valor importante en la medida en que constituyen un desarrollo doctrinal sobre el alcance de determinados tratados de derechos humanos, sin embargo no tienen un carácter vinculante, a diferencia de los tratados, por lo tanto no es correcto afirmar que hacen parte del bloque de constitucionalidad”.

difícil que se conciba como herramienta para la integración de derechos en el bloque de constitucionalidad; en efecto, no se tendría la certeza sobre las características, funciones y obligatoriedad de ese contenido que se pretende trasladar al bloque⁸².

Finalmente, si bien es cierto que la Corte se ha pronunciado reconociendo el derecho blando como elemento integrante del bloque de constitucionalidad, también lo es que esa postura no es uniforme. En la sentencia T-268/2003 (f.j. 3) consideró que los Principios Rectores del Desplazamiento Interno consagrados en el Informe del Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para el Tema de los Desplazamientos Internos de Personas debían ser utilizados como pauta de interpretación para que el alcance de las normas sobre personas en situación de desplazamiento se fijara conforme a dichos principios, a pesar de que en otra de sus providencias⁸³, refiriéndose al mismo documento internacional, haya considerado que era uno de los componentes del bloque.

Así pues, se echa de menos la claridad que permita identificar la labor que realmente desempeña el *soft law* con relación al derecho interno, es decir, si en efecto se trata de un contenido del bloque, o si por el contrario es un criterio hermenéutico, ello debido a que con apoyo en el uso de la jurisprudencia del tribunal constitucional se puede asumir una u otra postura.

Los motivos esbozados permiten que se establezca que el derecho blando no debe incorporarse al bloque de constitucionalidad. En todo caso, no puede desconocerse, tal y como lo pone de presente Toro Huerta, el papel destacado que cumple el *soft law* en el proceso de creación y aplicación del derecho internacional, y por ello se propone que los instrumentos derivados del mismo sean observados por las autoridades nacionales a modo de pauta hermenéutica⁸⁴.

82 Sobre este aspecto TORO HUERTA comenta: “Si la función principal del término *Soft Law* fue esclarecer el valor jurídico de determinados instrumentos internacionales (por ejemplo, las resoluciones de organismos internacionales) o identificar determinados acuerdos como jurídicamente relevantes (por ejemplo, programas de acción, acuerdos no normativos, códigos de conducta, etc.) quizá sería mejor referirse a cada uno de ellos por su nombre y función y no englobarlos en una categoría que en sí misma carece de precisión. La función del *Soft Law* no es, evidentemente, aclarar conceptos, pues tendría que empezar por aclararse a sí mismo (cuestión todavía no del todo resuelta por la doctrina internacional)”. Y más adelante agrega: “A pesar de lo anterior, debemos recordar que, como todo concepto ambiguo, el *Soft Law* tiene muchas lecturas”: *El fenómeno del Soft Law y las nuevas perspectivas del derecho internacional*, cit., pp. 543 y 545.

83 Corte Constitucional, sentencia T-327/2001 (f.j. II.b).

84 TORO HUERTA resalta las diversas funciones que cumple el derecho flexible: “Con el uso del término no sólo se pretende evidenciar la existencia de determinados instrumentos internacionales que no obstante no ser vinculantes tienen relevancia jurídica, sino también albergar bajo su manto diversas manifestaciones de acuerdos interestatales y consensos internacionales que independientemente de su valor jurídico se incorporan al discurso internacional y producen ciertos efectos que repercuten de diferentes formas en la formación, desarrollo, interpretación,

2. LA NECESARIA REVISIÓN DEL CONTENIDO DEL BLOQUE Y SU NUEVA COMPOSICIÓN

El análisis efectuado en el presente escrito permite establecer que la composición del bloque de constitucionalidad ha sido determinada por la Corte Constitucional con fundamento en las cláusulas de apertura que ha identificado en la Carta Política, así como también con apoyo en otras normas pertenecientes al ordenamiento jurídico interno.

De acuerdo con los pronunciamientos de la Corte, el texto constitucional fruto de la apertura hacia fuentes externas estaría formado por las siguientes normas⁸⁵: 1) el texto de la Constitución; 2) los tratados y convenios que consagran los derechos humanos que no se pueden limitar en estados de excepción, cláusula de apertura del artículo 93 inciso 1º CP; 3) los tratados internacionales sobre derechos humanos, cláusula de apertura del artículo 93 inciso 2º CP; 4) los derechos inherentes a la persona humana, cláusula de apertura del artículo 94 CP; 5) los convenios internacionales en materia laboral, cláusula de apertura del artículo 53 inciso 4º CP; 6) los tratados internacionales sobre derechos humanos de los niños, cláusula de apertura del artículo 44 CP; 7) las normas pertinentes de la Ley Estatutaria 137 de 1994 que regula los estados de excepción; 8) las leyes estatutarias⁸⁶; 9) las leyes orgánicas; 10) los tratados internacionales sobre límites del territorio, cláusula de apertura del artículo 101 CP, y 11) el preámbulo de la Carta de 1991.

Los argumentos que fueron expuestos en este trabajo frente a cada una de las cláusulas de apertura constitucional reconocidas por la Corte Constitucional ponen de presente la necesidad de que se realice una revisión, y con ello, una redefinición del contenido del bloque de constitucionalidad. A su vez, permiten que se determine que el principal criterio para fijar los componentes del bloque es el concepto de cláusula de apertura o norma de remisión, siempre y cuando este último esté acompañado de un adecuado entendimiento de la noción de bloque de constitucionalidad. Únicamente bajo el amparo de esos criterios se podrá distinguir y escindir del concepto de bloque las cláusulas que consagran pautas interpretativas o las que prevén regímenes de recepción automática de instrumentos internacionales, así

aplicación y cumplimiento del derecho internacional, tanto en el ámbito interno de los Estados como en el propio seno del derecho internacional”: *El fenómeno del Soft Law y las nuevas perspectivas del derecho internacional*, cit., p. 543.

85 Sobre el contenido del bloque cfr. M. ARANGO OLAYA. *El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*, Cali, ICESI, 2004, pp. 79 a 102, disponible en [http://bibliotecadigital.icesi.edu.co/biblioteca_digital/handle/item/949], consultada el 3 de mayo de 2009. En lo atinente a las normas que integran el bloque, así como también a la evolución jurisprudencial de la noción cfr. la sentencia C- 067/2003 (f.j. 3).

86 Debe tenerse en cuenta aquí la inclusión genérica de las leyes estatutarias, que realiza la Corte en la sentencia C-582/1999 (f.j. 3).

como también las normas del ordenamiento jurídico interno, y finalmente, se logrará organizar los elementos que integran el bloque de constitucionalidad.

Conforme con los criterios formulados en el párrafo que antecede, se considera que la composición del bloque ha de ser la que sigue: 1) el texto de la Constitución; 2) los tratados y convenios que consagran los derechos humanos que no se pueden limitar en estados de excepción, cláusula de apertura del artículo 93 inciso 1º CP; 3) los derechos inherentes a la persona humana, cláusula de apertura del artículo 94 CP; 4) los tratados internacionales sobre derechos humanos de los niños, cláusula de apertura del artículo 44 CP; 5) el artículo 4º de la Ley Estatutaria 137 de 1994 que regula los estados de excepción, y 6) las demás cláusulas de apertura constitucional o reenvío previstas en el texto de la Constitución Política que sean identificadas por el juez constitucional.

Resulta de gran importancia resaltar que la aplicación de la noción bloque de constitucionalidad genera unos efectos jurídicos de gran significación, pues cada vez que se hace uso de la misma se amplía el catálogo de derechos humanos contemplados en la Constitución Política. Una vez que el derecho pasa a ser parte del bloque se impregna de contenido constitucional y por esa razón empieza a cumplir las funciones de una norma de esta naturaleza, esto es, puede ser objeto de protección por vía de tutela, condiciona la validez de las normas infraconstitucionales, sirve como criterio para que se interprete el ordenamiento infraconstitucional, e inclusive se constituye en una pauta relevante para establecer cuándo una reforma a la Constitución puede conllevar una sustitución de la misma⁸⁷.

En este orden de ideas es procedente afirmar que un adecuado deslinde de los componentes del bloque se traduce en la garantía del principio de seguridad jurídica de los asociados, toda vez que solo de esta forma gozarán de la certeza que les permita conocer los derechos que se consagran a su favor en la Constitución, y frente a los cuales pueden exigir su protección bien sea mediante la acción de tutela o en ejercicio del control de constitucionalidad de las normas. Ese principio de seguridad jurídica también se refleja en la confianza de las autoridades del Estado con relación al contenido del ordenamiento jurídico constitucional que se encuentran obligadas a respetar y aplicar.

Desde un punto de vista estructural, la principal consecuencia que produce la nueva conformación de bloque de constitucionalidad que se propone es una redefinición de la clasificación del mismo en sentido estricto y en sentido amplio, la cual perdería vigencia al separar del bloque los tratados internacionales sobre derechos humanos del artículo 93 inciso 2º CP, los convenios internacionales en materia laboral del artículo 53 inciso 4º CP, las

87 En la sentencia C-551 de 2003 (ff.jj. 278, 299 y 335.b) se aborda el tema relacionado con las funciones que cumple el bloque de constitucionalidad cuando se valora si una reforma constitucional ocasiona una sustitución material de la norma superior.

leyes orgánicas, las leyes estatutarias en general, los tratados sobre límites territoriales y el preámbulo de la Constitución de 1991. También es válido afirmar que otra de las consecuencias derivadas de la fijación de un único sentido del bloque consiste en una reconducción de la noción hacia la definición, alcance y funciones que se dieron al momento de su adaptación en el ordenamiento jurídico colombiano, logrando con ello precisar la naturaleza constitucional de los derechos integrados⁸⁸.

Finalmente, y a pesar de que los aspectos procedimentales se escapan al estudio abordado en este artículo, se plantea la conveniencia de fijar un criterio que regule la composición de la sala decisoria de la Corte Constitucional al momento de reconocer las cláusulas de apertura o remisión, esto con el propósito de generar seguridad jurídica a la hora de delimitar el contenido del bloque. Así pues, se propone que las decisiones del juez constitucional cuando se pretenda reconocer cláusulas de remisión para integrar o excluir normas en el bloque de constitucionalidad sean tomadas por el pleno de la corporación, postura que se ajusta a lo regulado por el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, que prevé que los cambios de jurisprudencia se resuelvan por el pleno de la Corte; esa propuesta aplicaría en lo correspondiente a la tramitación de las revisiones de las acciones de tutela⁸⁹.

Otro tema que se considera expuesto a contingencias es el atinente a la competencia por parte de la jurisdicción ordinaria en el trámite de las acciones de tutela y en el ejercicio del control de constitucionalidad difuso —excepción de inconstitucionalidad—; se recuerda que el orden constitucional colombiano permite lo anterior, situación que posibilitaría que los jueces de la legalidad a través de las vías mencionadas y en uso de la noción de bloque de constitucionalidad amplíen el contenido de la Carta Política, con las consecuencias que ello conlleva⁹⁰. Por tal motivo se comparte la propuesta de Ramelli Arteaga en el sentido de considerar que las decisiones sobre la inclusión o exclusión de determinada norma en el bloque han de ser de competencia exclusiva de la Corte Constitucional⁹¹.

88 Para SIERRA PORTO, quien parte de la exclusión del bloque de constitucionalidad de las leyes orgánicas y estatutarias, la distinción entre dos sentidos del bloque es antitécnica y desafortunada, toda vez que el sentido amplio resulta contrario al propio concepto de bloque de constitucionalidad, el cual confiere a las normas que se integran en él los mismos atributos de las normas constitucionales: cfr. la aclaración de voto del magistrado HUMBERTO SIERRA PORTO a la sentencia C-394/2007 —(A.V. ff.jj. 3 y 4).

89 Este aspecto sobra mencionarlo en la tramitación de las acciones de inconstitucionalidad, toda vez que las sentencias sobre la materia son deliberadas por el pleno de la Corte. Este criterio también es planteado por RAMELLI ARTEAGA. “Aspectos controversiales del bloque de constitucionalidad en Colombia”, cit., p. 7.

90 Sobre el control de constitucionalidad difuso cfr. Corte Constitucional, sentencia C-122/2011 (f.j. 2.1).

91 RAMELLI ARTEAGA plantea el mismo criterio pero con otros argumentos: cfr. RAMELLI ARTEAGA. Ob. cit., p. 7.

CONCLUSIONES

La apertura del texto constitucional colombiano hacia fuentes externas se materializa a través de la noción de bloque de constitucionalidad, y tiene como finalidad completar el catálogo de derechos previstos en la Constitución; por esta razón es que la mayor parte de esos reenvíos operan hacia el derecho internacional pacticio de los derechos humanos.

La labor de identificación de las cláusulas de apertura ha correspondido al juez constitucional, sin embargo esa actividad no es discrecional, por el contrario, se circunscribe a lo previsto en la Carta Política, pues es la propia norma fundamental la que permite esa nueva concepción de texto constitucional abierto.

La Corte Constitucional consideró como criterio para que se configurara la apertura constitucional la existencia de un mandato constitucional en ese sentido, bajo la forma de una norma de remisión. No obstante lo anterior, ese parámetro requiere para su adecuada utilización de un pleno entendimiento de la noción de cláusula de apertura, y además exige que dicho concepto se enlace con el significado y alcance de la figura del bloque de constitucionalidad.

El reconocimiento de las cláusulas de apertura por parte del juez constitucional no ha sido acertado, por cuatro razones: 1) porque en algunos casos no se ha ceñido al concepto mismo de norma de reenvío; 2) porque no distingue entre una cláusula de apertura hacia fuentes externas y una apertura al derecho internacional de los derechos humanos como pauta interpretativa; 3) porque confunde la aplicación de una norma de reenvío con un mecanismo de recepción automática de instrumentos internacionales, y 4) porque acude a elementos –preámbulo– vinculantes de la Constitución y a normas –leyes orgánicas y estatutarias– pertenecientes al ordenamiento jurídico interno cuyo respeto se encuentra garantizado por la propia Carta Política.

No es viable que se integren a la noción de bloque de constitucionalidad en Colombia normas del ordenamiento jurídico interno, salvo el artículo 4º de la Ley 137 de 1994.

Es indispensable que se lleve a cabo una revisión del contenido del bloque de constitucionalidad, a través del uso adecuado de las cláusulas de apertura, que permita que se delimite y formule en forma clara y sistemática una nueva composición de la noción.

Las decisiones de las instancias judiciales internacionales no integran el bloque de constitucionalidad. Esa apreciación aplica también para los instrumentos internacionales que se ha denominado como *soft law*.

BIBLIOGRAFÍA

- APARICIO PÉREZ, M.A. “La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución Española, como cláusula de integración y apertura constitucional a los derechos fundamentales”, en *Jueces para la Democracia*, n.º 6, 1989.
- ARANGO OLAYA, M. *El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*, Cali, ICESI, 2004.
- CASTELLÀ ANDREU, J. M^a. “El artículo 10.2 de la Constitución como canon de interpretación de los Derechos Fundamentales”, en *Derechos constitucionales y pluralidad de ordenamientos*, Miguel Ángel Aparicio Pérez (coord.), Barcelona, Cedecs, 2001.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. *Conflicto y cooperación entre la Constitución Española y el Derecho Internacional*, Valencia, Tiran lo Blanch, 2005.
- GUTIÉRREZ BELTRÁN, A. *El bloque de constitucionalidad, conceptos y fundamentos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- FERNÁNDEZ, J.R. “El control del derecho interno que infrinja el derecho comunitario europeo y el alcance del artículo 10.2 CE en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, REDA, n.º 72, 1991.
- MARTÍ DEL MORAL, A. “El derecho derivado comunitario y el bloque de constitucionalidad”, en *Noticias CEE*, n.º 86, marzo de 1992.
- PIZZORUSSO, A. *Justicia, Constitución y pluralismo*, Lima, Pontifica Universidad Católica del Perú, 2007.
- RAMELLI ARTEAGA, A. “Sistema de fuentes de derecho internacional público y “bloque de constitucionalidad” en Colombia”, en *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.º 11, 2004.
- RAMELLI ARTEAGA, A. “Aspectos controversiales del bloque de constitucionalidad en Colombia”, tomado de [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10614], consultada el 5 de octubre de 2012.
- REMIRO BROTONS, A. et al. *Derecho Internacional*, Valencia, Tiran lo Blanch, 2007.
- REQUEJO RODRÍGUEZ, P. *Bloque Constitucional y Bloque de la Constitucionalidad*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 1997.
- ROMERO PÉREZ, X.L. *Vinculación de las resoluciones judiciales de la Corte Interamericana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- SAIZ ARNAIZ, A. *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.
- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I. “El artículo 93 CE y el Bloque de la Constitucionalidad: algunos problemas”, en *Estudios sobre la Constitución española*, Libro-Homenaje al profesor EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, vol. I, Madrid, Civitas, 1991.

- SANTOFIMIO GAMBOA, J.O. *Procedimientos administrativos y tecnología*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- SILVA ROMERO, M. “Bloque de Constitucionalidad en el derecho procesal laboral”, en *XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, Universidad Libre, 2005,
- TORO HUERTA, M. I. “La apertura constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Era de la Mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 112, 2005.
- TORO HUERTA, M. I. “El fenómeno del Soft Law y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, 2006.
- UPRIMNY, R. “El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”, en DANIEL O’DONNELL, INÉS MARGARITA UPRIMNY y ALEJANDRO VILLA (comps.). *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, Bogotá, Oficina Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos y de Justicia, 2001.
- UPRIMNY, R. *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*. Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2008.
- VÉLEZ GARCÍA, J. “La Constitución: Una norma abierta”, en *El derecho público a comienzos del siglo XXI*, Estudios en homenaje al profesor ALLAN R. BREWER-CARÍAS ALFREDO ARISMENDI A. y JESÚS CABALLERO ORTIZ (coords.), t. I, Madrid, Civitas e Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, 2003.
- VILLAMIL PORTILLA, E. “Bloque de constitucionalidad, una mirada alternativa”, en *XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, Universidad Libre, 2005.

Sentencias de la Corte Constitucional colombiana

C-479/1992	C-408/1996
C-013/1993	C-251/1997
C-179/1994	C-327/1997
C-555/1994	C-358/1997
C-109/1995	C-191/1998
C-225/1995	C-400/1998
C-423/1995	T-483/1999
T-477/1995	T-568/1999
C-578/1995	C-582/1999
C-600 A/1995	C-708/1999
C-135/1996	C-1022/1999

C-010/2000	C-028/2006
C-325/2000	C-047/2006
C-567/2000	C-355/2006
C-1490/2000	C-985/2006
T-327/2001	T-704/2006
C-774/2001	C-155/2007
T-1319/2001	C-280/2007
C-200/2002	C-291/2007
C-392/2002	C-394/2007
C-580/2002	C-466/2008
C-004/2003	C-030/2008
SU- 58/2003	C-063/2008
C- 067/2003	T-257/2008
T-268/2003	C-465/2008
T-558/2003	C-750/2008
C-038/2004	C-228/2009
C-170/2004	C-238/2010
C-401/2005	C-122/2011
C-1001/2005	Auto 078A/1999

Tribunal Constitucional español

STC 21/1981	STC 176/1988
STC 22/1981	STC 84/1989
STC 38/1981	STC 28/1991
STC 62/1982	STC 254/1993
STC 36/1984	STC 140/1995
STC 71/1988	STC 131/1997

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987

Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987

Páginas web

http://dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=7&id_publicacion=72, consultada el 24 de noviembre de 2008.

<http://www.cdep.ro/pls/dic/site.page?id=259&idl=5&parl=2>, consultada el 30 de abril de 2009.

http://bibliotecadigital.icesi.edu.co/biblioteca_digital/handle/item/949, consultada el 3 de mayo de 2009.